Q. D. B. V.

DISSERTATIO JURIDICA INAUGURALIS

Quam

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,

DN.

FRIDERICO WILHELMO,
REGNI BORUSSIÆ ET ELECTORATUS BRANDENBURGICI HÆREDE, &c. &c.

DE

CAPTATORIIS INSTITUTIONIBUS,

DIRIGENTE

DN. CHRISTIANO THOMASIO,
JCto, CONSIL. ELECT. BRANDENB. UNIV. FRIDERIC. PROF. PUBL. SEN. ET FACULT. JURIDICÆ h. t. DECANO.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

PRO LICENTIA

SUMMOS IN UTROQVE JURE HONORES ET PRIVILEGIA DOCTORALIA rite capeſſendi,

Publicæ Eruditorum Examini ſubmittit

HENNINGUS THOMAE,
Altenb. Miſn.

d. XXIV. Octobr. An. MDCXCVI. horis ante & pomeridianis.

HALÆ MAGDEBURGIÆ,
Typis CHRISTOPH. ANDREÆ ZEITLERI, Acad. Typ. 1727.

Digitized by Google

Digitized by Google

SERENISSIMO PRINCIPI AC DOMINO,

DOMINO

FRIDERICO,

DUCI SAXONIAE, JULIACI, CLI-
VIÆ, MONTIUM, ANGRIÆ ET WESTPHALIÆ,
LANDGRAVIO THURINGIÆ MARCHIONI
MISNIÆ, PRINCIPALIS DIGNITATIS COMITI
HENNEBERGIO, COMITI IN MARCA ET RA-
VENSBERGA, DOMINO RAVENSTEINNII
ET TONNÆ, &c.

PRINCIPI OPTIMO,

PATRIÆ PATRI CLEMEN-
TISSIMO.

Digitized by Google

In

devotiſſimi obſequii

monumentum

diſſertationem hanc inauguralem

conſecrat

Sereniſſimæ Celſitudinis Ejus

perpetuo nexu

devinctiſſimus

HENNINGUS THOMÆ.

Digitized by Google

DISSERTATIO INAUGURALIS

De

CAPTATORIIS INSTITUTIONIBUS.

SUMMARIA.

Connexio cum diſputatione de injuſto jure heredipetarum. §1. Cur integri juris textus de captatoriis inſtitutionibus agentes ſint appoſiti ? §.2. Ipſi textus juris §.3. Textus affines. §.4. Cauſa cur hactenus doctrina de captatoriis inſtitutionibus non recte fuerit expoſita. §.5. Gloſſatores captat. inſtitut. dixerunt, quæ fit in arbitrium alienum. Refutatio hujus ſententiæ. Diſſenſus JCtorum in Pandectis de conditione, ſi Titius in capitolium adſcenderit. Dubietas brocardici. Expreſſa nocent, non expreſſa non nocent. §.6. Aliorum expoſitio Capt. I ſtit. eſſe ſi quis alteri mandet, ut pro ipſo teſtamentum faciat §.7. Aliorum, ſi quis alterum inſtituat ſub conditione, ſi v.g. Titius Capitolium adſcendat §.8. Aliorum, qui dicunt eſſe, quæ fiunt ad alterius interrogationem §.9. Eorum qui à Gloſſatoribus recedunt opinio : Captatorias inſtitutiones eſſe, quæ fiunt captandæ hereditatis alienæ cauſa. Et primò Alciati, §.10. Cui reſpondetur. §.11. Opinio Antonii Auguſtini §.12. Cui reſpondetur. Male interpretate ſunt Dd. l.71. princ. de hered. inſt. Exemplum, quod argumentum à contrario ſenſu non etiam ſemper in Pandectis procedat. §.13.

Digitized by Google

Hæc poſterior ſententia praxin invaſit. Locus Brunnemanni §. 14. Captatio benevolentiæ, quod contra omnes JCtos diſputare audeamus, §. 15. Cauſa erroris communis, quod incepe rint interpretes a l. 70. de hered. inſtit. tanquam omnium difficillima. §. 16. De SCto quo captatoriæ inſtitutiones prohibitæ, omnia incerta §. 17. Genuinus captatoriarum inſtitutionem caſus eſt in l. 1. ff. de his, quæ pro non ſcriptis habentur § 18. Sanctæ habitæ a Romanis voluntatis ultimæ. In iis ſæpe liberiora judicia de vivis dabant §. 19. Aliter ap. Romanos de teſtamentis amicorum ſentiebant viri honeſti, aliter JCti. Tria loco etiam in rem ex Plinio adducta. §. 20. Obſervabantur etiam ultima petita amicorum etſi cum onere conjuncta. Moribundorum confeſſiones an evidentius probent? Moribundi ſæpe ſtulti. Corpus Juris etiam hiſtoriam ſtultitiæ Romanæ refert. §. 21. Malitia heredipetarum circa teſtamenta aliena occaſionem dedit multis Legibus, Multi JCti heredipetæ in fraudem legis Cinciæ. Elegans locus ex Brummero §. 22. Adverſus hos falſarios teſtamentorum alienorum latum edictum Neronis. Origo Teſtamenti ſcripti. Lex. 21. C. de teſtamentis §. 3. Inſtit. de pupill. ſubſtit. §. 23. Multæ differentiæ inter tempora Neronis & ſubſequentia circa cautionem obſignandi teſtamenta ſcriptæ occultanda & inter tabulas cereas & chartaceas. §. 24, Lis Salmaſii cum Heraldo de obſignatione teſtamentorum. Utrum JCti eam intellexerint? Diſtinctio Salmaſii inter ſignationem & ſubſignationem, & ſecundum eam emendatio l. penult qui teſtamenta facere poſſunt, & loci Suetoniani in Nerone &c. Duplex cera in tabulis antiquorum, in §. 3. Inſt. de pup. ſubſtit. inferiorem partem tabularum eſſe ultimas tabulas. Quomodo ea proprio lino, propriaque cera conſignanda fuerit. § 25. Heraldus JCtos defenſurus notat Salmaſium, male emendatum ab eo eſſe locum Suetonii: Temporibus Neronis teſtes non ſubſcripſiſſe: Vocem ſubſignandi eſſe obſoletam, & juris Pontificii. Eo

ævo

ævo quo teſtamenta ſubſcribebantur, prius obſignata deinde ſubſcripta fuiſſe. Forma faciendi teſtamentum occultum ex Durando. Nuncupativa teſtamenta prius fuiſſe ſubſcripta. §. 26. Judicium noſtrum de iſta lite. Salmaſius recte modum ſignandi teſtamenta antiquum expoſuit, quem JCti veroſimiliter ignorarunt, magis videlicet in animo habentes teſtamenta chartacea. Male vero diſtinctione inter ſubſignationem & obſignationem uſus eſt. Origo erroris in Salmaſio, quod non intellexerit, quomodo teſtes in ſubſcriptione dicere potuerint ſe ſignaſſe, cum nondum id factum fuerit. Ejusmodi teſtatione non committitur falſum. Male emendatus a Salmaſio locus Suetonii §. 27. Male illuſtratum ab Heraldo edictum Neronis ex formula Durandi aut ex l. 21. C. de teſtam. quæ ſupponunt teſtamentum chartaceum. Male ab eodem aſſertum, in teſtamento occulto teſtes prius ſignaſſe tum ſubſcripſiſſe. §. 28. Male a Salmaſio expoſitus. §. 3. Inſt. de pupill. ſubſtit. acſi loquatur de teſtamento in tabulis cereis confecto. §. 29. Cura legum Romanorum in occultandis teſtamentis contra fraudes captatorum. Deponebantur in æde ſacra, aperiebantur coram magiſtratu. Puniebantur graviter aperientes teſtamenta virorum. Auguſtus notatus quod aperuerit teſtamentum Antonii §. 30. Dabatur actio injuriarum adverſus eos qui ſecreta judiciorum publicabant. Per ſecreta judiciorum, non intelligitur ſecreta patrimonii ut voluit Gothofredus. Non publicatur dies & Conſul, ne quid falſi fiat. §. 31. In fraudem harum legum ineſcantur teſtatores ab heredipetis, eos ſub conditione, ſi teſtamentum ſuum recitaverint ipſi, inſtituentibus, quo facto inſidiis captatorum necabantur. Adverſus hanc fraudem itaque SCtum de captatoriis inſtitutionibus factum §. 32 His præmiſſis explicantur leges de captatoriis inſtitutionibus agentes ſcil. l. 64. de Legat. 1. & l. 11. C. de teſtam. milit. §. 33. Item l. 70. de hered. inſtit. §. 34. In d. l. 70. non prohibentur omnes inſtitutiones captatoriæ, & per eas quæ mutuis affectionibus judicia

provo-

provocant, intelligitur etiam aliqua captatoriarum ſpecies §. 35. *Id quod probatur ex l. 29. ff. de hered. inſt. l. 20. §. 2. de condit. inſt. quarum caſus non ſunt SCto adverſi* §. 36. *Provocare judicia mutuis affectionibus idem, ac captare Mutuæ inſtitutiones conjugum ſunt captatoriæ. Explicatæ Nov Valent.* 4. §. 37. *Explicatur l. 71. de her. inſt.* §. 38. *Et l. 81. §. 1. ff. eod. Caſus legis illius eſt vix dabilis.* §. 39. *Deniq; exponitur l. 1. ff. quæ pro non ſcript. habent. Oſtenditur ratio, cur SCto ejusmodi inſtitutiones captatoriæ irritæ fuerint habitæ; etſi hoc modo magis videretur puniri captatus, quam captator* §. 40. *Uſus Practicus legis de captatoriis inſtitutionibus. Pragmatici non conſentiunt, utrum poſſit quis teſtamentum condere ex arbitrio alieno. Concluſiones eorum ſibi contradicentes adductæ ex Peckio. Excerpta ex reſponſo JCti Jen.* §. 41. *Teſtamenta condere non eſt ex jure naturali, pleraque conduntur ex ambitione & avaritia. Apud Hebræos olim, Athenienſes & Germanos eorum nullus uſus. Exponitur l. 120. de V. S. item l. 1. C. de SS. Eccl. JCti & Potentes teſtamentorum apud Romanos autores. Illi etiam præſcribebant formulas. Lex notabilis* 88. §. *ult de leg. II. Judicium nonneminis de legibus Romanis Jus Canonicum in teſtamentis ſupplicitatem admiſit. Illud in Germania ante jus civile receptum. Lutherus non favit JCtis noſtris. Deberet in Germania receptum eſſe c. 12. de teſt.* §. 42. *Error pragmaticorum, quod teſtamenta conjugum captatoria non valeant. Expenſa doctrina Brunnemanni Diſſenſus DD. an teſtamenta mutua conjugum in una charta ſcripta conveniant juri Romano? Notatus Huberus* §. 43. *Captatoriarum inſtitutionem a nobis expoſitarum prohibitio hodie nullum habet uſum. Uti nec aliorum titulorum & legum Romanorum huc reſpicientium. Uſum tamen habet l. 1. §. 38. depoſiti Actio injuriarum repugnat Chriſtianiſmo. Non vero uſum habet l. 38. §. 7. de pœnis.* §. 44. *Doctrina Fabri de captatoriis inſtitutionibus* §. 45. *Uſus diſputationis. Duo errores: Jus Romanum magnum habere uſum in foris Germaniæ, & tamen ſtudioſis negligendum eſſe ſtudium antiquitatum Romanarum.* §. 46.

Digitized by Google

§. I.

POſtquam de Captationibus hereditatum in genere peculiari diſſertatione jam actum eſt, atque oſtenſum, jure Romano, quoad effectus iuris externi licuiſſe captationibus ejusmodi & inhiationibus impune uti, ac ultimas voluntates ad inſtantiam & arte heredipetarum factus æque validas fuiſſe, atque alias diſpoſitiones, quæ mortis cauſa fiebant, etſi captatores ejusmodi ſemper male audiverint apud Viros honeſtos; nunc de illa captationis ſpecie quæ in propria captantis teſtamento fieri ſolebat, & propterea captatoria inſtitutio dicebatur, peculiariter videndum, vtpote, quæ & id præ aliis captationibus peculiare habeat, ut quoad effectum iuris externum improbaretur, & hactenus, quod absque gloriatione dictum ſit, a nullo interpretum, quos inſpicere licuit, vere, & ſecundum leges artis expoſita eſt. Unde non indignam hanc judicavi materiam diſſerendi, quam ſpecimini inaugurali reſervarem.

§. II. Quod ut rite fiat, ipſos juris textus, qui materiam errandi atque diſſentiendi præbuerunt, interpretibus ſub uno conſpectu ſiſtam ante oculos, partim ut lector ipſe tentet, utrum ex legibus parallelis, antequam noſtram ſententiam legat, vel veram expoſitonem præconcipere, vel ex communibus erroribus præconceptæ opinionis inanitatem ſentire valeat, tum, ut in ipſo diſcurſu noſtro ubique ad fontes regredi, & an recte exinde concluſiones noſtras derivaverimus, examinare poſſit.

§. III. Sententiam legis totam recenſet *Cajus l. 64. de Leg. I.* Captatoriæ ſcripturæ ſimili modo neque in heredita-

tibus, neque in legatis valent. Ampliationem legis refert *l. 11. C. ne teſtam. milit. quæ Philipporum Imperatorum* eſt: Captatorias inſtitutiones etiam in militis teſtamento nullius eſſe momenti manifeſtum eſt. Ne vero dubium eſſe poſſit, quidnam per captatorias inſtitutiones intelligatur, ex Reſponſis *Papiniani* Pandectis inſertam reliquit Tribonianus *l. 70. de hered. inſtit.* Captatorias inſtitutiones non eas Senatus improbavit, quæ mutuis affectionibns judicia provocaverunt, ſed quarum conditio confertur in ſecretum alienæ voluntatis. Habes aperte ſatis quid non ſint, & quid ſint inſtitutiones captatoriæ. Sed & ne exempla & formulæ deſint, ſubjecit ſtatim *ex Paulo* nonnulla Tribonianus *l. 71. eod.* Ille autem inſtitutiones captatoriæ non ſunt, veluti ſi ita heredem quis inſtituat; *Qua ex parte Titius me heredem inſtituit ex ea parte Mævius heres eſto*, quia in præteritum, non in futurum inſtitutio collata eſt. Habes exemplum & formulam ad captatorias inſtitutiones non pertinentem. Exemplum poſitivum captatoriæ inſtitutiones ſubjungit ſtatim §. 1. *d. l. 71.* Sed illud quæri poteſt, an idem ſervandum ſit, quod Senatus cenſuit, etiamſi in aliam perſonam captionem direxerit; veluti, ſi ita ſcripſerit: *Titius, ſi Mævium tabulis teſtamenti ſui heredem a ſe ſcriptum oſtenderit probaveritque heres eſto.* Quod in ſententiam SCti incidere non eſt dubium. Aliud exemplum negativum exhibet idem *Paulus l. 81. §. 1. eod tit.* Si ita ſcripſerit Teſtator: *Quanto ex parte me a Titio heredem inſtitutum recitaſſem, ex ea parte Sempronius mihi heres eſto* non eſt captatoria inſtitutio: Plane nullo recitato teſtamento ab ipſo Teſtatore, inanis videbitur inſtitutio, remota ſuſpicione captatoriæ inſtitutionis

onis. Denique ne formula aut exemplum deſit captatoriæ inſtitutionis, non in ſententententiam ſaltem SCti incidentis, ſed & in verbis, ecce *Julianus* illud ſuppeditat, ſimul explicans quo ſenſu accipiendum ſit, quod captatoriæ inſtitutiones non valere dicantur, *l. 1. ff. de his quæ pro non ſcriptis habentur*, Si quis hereditatem vel legatum adſcripſerit, quæritur an hereditas vel legatum pro non ſcripto habeatur; & quid ſi ſubſtitutum habeat huiusmodi inſtitutio? Reſpondit: Pars herditatis, de qua me conſuluiſti, ad ſubſtitutum pertinet: Nam Senatus, cum pœnas legis Corneliæ conſtitueret adverſus eum, qui ſibi hereditatem vel legatum ſcripſiſſet, eodem modo improbaſſe videtur, quo improbatæ ſunt illæ; *Qua ex parte me Titius heredem ſcriptum in Tabulis ſuis recitaverit, ex ea parte heres eſto*, ut perinde haberentur, acſi inſertæ teſtamento non fuiſſent.

§. IV. Sunt & aliæ leges affines, in quibus, etſi non agatur de captatoriis inſtitutionibus, exempla tamen ſuppeditantur alia negativa, ad illuſtrationem eorum facientia, quæ modo ſimilia ex Paulo adduximus, partim etiam affina admodum captatoriis inſtitutionibus earumque formulis, quæ adeo melioris doctrinæ gratia non pigebit apponere, ne forte, quod interpretes quosdam feciſſe infra dicetur, incaute ea cum exemplis captatoriarum inſtitutionum confundamus. Sic *Ulpianus l. 2. de hered. inſtituendis*. In illa inſtitutione: *ex qua parte me Titius heredem ſcripſit, Sejus heres eſto:* tunc, ſi non eſt a Titio ſcriptus, nec Sejus ab eo. Nec immerito: hic enim creditur ineſſe conditio. *Pomponius* vero *l. 19. ff. eod.* Hoc articulo: Quisque, omnes ſignificantur, & ideo Labeo ſcripſit, ſi ita ſcriptum ſit: *Titius & Sejus, quanta quisquis eorum ex parte*

 here-

heredem me habuerit ſcriptum, *heres mihi eſto*, niſi omnes habeant ſcriptum heredem teſtatorem, neutrum heredem eſſe poſſe: quoniam ad omnium factum ſermo refertur. In quo puto teſtatoris mentem reſpiciendam. Sed humanius eſt; eum quidem, qui teſtatorem ſuum heredem ſcripſerit, in tantam partem ei heredem fore, qui autem eum non ſcripſerit, nec ad hereditatem eius admitti. Denique *Labeo l. 20. §. 2. de Cod. Inſtit.* Si quis heredem ita inſtituit, *ſi ſe heredem inſtituiſſes, aut quid ſibi legaſſes*, nihil intereſt, quo gradu is a te heres inſtitutus, vel quid ei legatum ſit; dummodo aliquo gradu id te feciſſe probes.

§. V. Quæ cum ita ſint, & in adductis textibus juris deprehendatur definitio captatoriarum inſtitutionum ſatis perſpicuis exemplis declarata, mirandum profecto eſſet, qua ratione factum, ut Doctores Juris in unum omnes huc usque captatorias inſtitutiones in alienum plane a Senatu Populoque Romano ſenſum traxerint, ni conſtaret, quantum noceat ignorantia hiſtoriæ in interpretatione legum antiquarum, quantum noceat præconcepta opinio neglectis fontibus ex Commentariorum diverſis opinionibus orta, quarum illa & hic antiquorum Gloſſatorum mentem obfuſcavit, hæc vero noviores ICtos etſi hiſtoriæ antiquitatumque Romanarum callentisſimos occæcavit, ut in media luce apertis oculis nihil viderent. Age videamus.

§ VI. Igitur initio antiqui Gloſſatores & qui eos ſequuntur, captatoriam inſtitutionem eam eſſe ajunt, quando quis heredis inſtitutionem in alterius confert voluntatem, ſeu arbitrium: ut: quos Titius voluerit, heredes inſtituo. Vid. *Gloſſ. ad l. 11. C. de teſt. milit. & ad l. 70. de hered. inſtitut. & DD. eam defendentes, Rolandinum Paſſagerium de Teſtamentis d. 276.*

Vasqu.

Vasqu. de Succeſſ.lib.2.§.13.n.18. Tuſch.Pract.concl.T.1. Concluſ. 62.& T.IV. Concl.68. Gail.lib.2. Obſ.117.Svarez Tract.de Captator Volunt in per.f.599. Covar in c. cum tibi n.2. X. de Teſtam. T.1.fol.53. Menoch. Conſ.699. Richter deciſ.27. num. 2. aliosque paſſim. Cum enim Papinianus in *d. l.* 70. dicat captatorias inſtitutiones illas improbaſſe Senatum, *quarum conditio confertur in ſecretum alienæ voluntatis*, ſecretum alienæ voluntatis explicant *arbitrium alienum*, de quo *l.32.ff de hæred. inſtit.* loquitur. Dicunt inde, duplici modo poſſe fieri captatoriam inſtitutionem. Vel enim totam ſubſtantiam inſtitutionis directo conferendo in liberam alterius voluntatem: e. g. *inſtituo te, ſi uxor mea conſentiet,* vel ſaltem electionem inſtitutarum ſeu potius inſtituendarum alteri committendo e g. *inſtituo illum, quem Titius voluerit.* Aſt uti quidem certum eſt, inſtitutionem in arbitrium alienum collatam non valere, ita vel ipſe textus in *d. l.* 32. *de hered. inſtit.* Dd. perſuadere debet, ejusmodi inſtitutionem non eſſe inſtitutionem captatoriam, cum nulla ibi intercedat captatio ſed alia ratione prohibitio ejus nitatur. Sic enim Cajus ibid. *Illa inſtitutio: quos Titius voluerit, ideo vitoſa eſt, quod alieno arbitrio permiſſa eſt, namſatis conſtanter Veteres decreverunt: Teſtamentorum jura ipſa per ſe firma eſſe oportere, non ex alieno arbitrio pendere.* Senſit Gloſſa hanc objectionem, unde ut ei occurrat, captatoriam inſtitutionem vult dici, quaſi deceptoriam, quaſi per eam decipiatur heres inſtitutus, quo tamen nihil abſurdius & a genio linguæ latinæ alienius. Unde non inepte Wiſſenbachius errorem hunc ex imperitia latini ſermonis natum eſſe profitetur *ad Tit. de hered. inſtit. th.* 16. Et vel tyro videt, aliud eſſe: *permittere alieno arbitrio heredis inſtitutionem aliud conferre conditionem inſtitutionis in ſecretum alienæ voluntatis.* item alium longe eſſe caſum *in d. l.* 32. *de hered. inſtitut. quos Titius voluerit heredes ſunto*, alium in captatoriis inſtitutionibus *in L. 1. de his quæ pro non ſcript.hab. qua ex parte me Titium heredem ſcriptum in Tabu-*

 lis ſuis

tis ſuis recitaverit, ex ea parte heres eſto, præprimis cum Gloſſa ad *d. l. 70. de hered. inſtit.* ut probet S.-tum Libonianum in *d. l. 70.* indigitari provocet ad *d. l. 1.* adeoque eandem, etſi aperte captatoriarum inſtitutionum non faciat mentionem, ſatis aperte tamen de his exponat. Ut taceam, captatorias inſtitutiones ex *Senatus Conſulto* fuiſſe prohibitas *d. l. 70. & 71. §. 1. de hered. inſtit. d. l. 1. de his quæ pro non ſcript.* At vero inſtitutiones arbitrio alieno commiſſas ex *conſtanti JCt. rum interpretatione* fuiſſe interdictas dilucide oſtendit Cajus *d. l. 32.* verbis: *non ſatis conſtanter veteres decreverunt. Conf. Ant. Auguſt. Emend. l. 4. c. 15. p. 206.* Quamvis iſta JCtorum interpretatio ſaltem videatur conſtans fuiſſe usque ad tempora Caji, eamque exponat C. jo coævus Pomponius. *l. 68. de hered. inſtit.* Nam Ulpianus ſatis aperte quidem quoad legata ab illa opinione receſſit: *l. 1. princ. de leg. 2. In arbitrium alterius conferri legatum veluti conditio poteſt. Quid enim intereſt:* Si Titius in Capitolium adſcenderit, *mihi legetur aut*, ſi voluerit & *in l. 43. §. 2. de leg. 1. legatum in aliena voluntate poni poteſt, in heredis non poteſt.* Cui iterum ſic ſatis apperte contradixit Modeſtinus, doctrinam Pomponio ex *d. l. 68 de hered. inſtit.* repetens in *l. 52. de condit. & demonſt. Nonnunquam contingit, ut quædam nominatim expreſſa afficiant, quamvis omiſſa tacite intelligi potuiſſent, nec eſſent ob futura, quod evenit, ſi alicui ita legetur:* Titio decem do lego, ſi Mævius Capitolium adſcenderit. *Nam quamvis in arbitrio Mævii ſit, an Capitolium adſcendat, & velit efficere, ut Titio legatum debeatur, non tamen poterit aliis verbis utiliter legari,* ſi Mævius voluerit, Titio decem do. *Nam in alienam voluntatem conferri legatum non poteſt. Inde dictum eſt, expreſſa nocent, non expreſſa non nocent.* Unde habes novum exemplum Antinomiarum in iure noſtro, & teſtimonium miſeriæ ejus. Nam conciliatio Gloſſæ ad *d. l. 1. de leg. 2.* volentis verba: *Quid enim intereſt?* non interrogative ſed abſolute, *aliquid enim*

enim intereſt, eſſe exponenda, item Anton. Auguſtini *d. l.* Jubentis, Ulpianum, dum ait: *Legatum in aliena voluntate poni poſſe*, exponendum eſſe de voluntate legatarii, partim contorta eſt, partim perſpicue verbis & menti *d. l.* 1. *de leg.* 2. *repugnat.* Quodſi ergo ſententiam Ulpiani tq. non adeo abſurdam quis tueri velit, uti puto, non difficulter defendi poſſe, corruet etiam ex ipſis brocardicis & regulis juris illa: *Expreſſa nocent non expreſſa non nocent l.* 165. *de R. J.* ut quæ ex Modeſtino, dum Ulpiano *in d. l.* 68. *de hered inſtit.* contradicit, deſumta eſt, & exemplo erit, inter brocardica, panaceas, & herbas betonicas JCtorum multas eſſe nullius vel exigui uſus, de quo tamen, tanquam exoſo, plura dicere nolo.

§. VII. Redeo ad captatorias inſtitutiones, de quibus ſunt & aliæ interpretum opiniones, ſed in quibus prolixe refutandis non erit ut nos detineamus, cum expoſitioni illi gloſſatorum ſint valde affines, vel certe ex eadem definitione captatoriarum inſtitutionum videantur deductæ eſſe. Talis eſt eorum, qui perhibent, captatoriam inſtitutionem tunc fieri quando quis alteri mandat, ut de bonis ſuis teſtamentum faciat. *Vid. Svarez. de captat. volunt. in oper. f.* 599. *ſeq.* Ubi ex ſua experientia huic ſententiæ fidem conciliare laborat, dum ſe vidiſſe, refert aliquem infirmitate turbatum commiſiſſe alicui amico factionem teſtamenti, credentem, illum ſecundum voluntatem ſuam diſpoſiturum fore de bonis ſuis, forte prout inter eos aliquando communicatum fuerat. Sed commiſſarium poſt mortem committentis aliter de bonis illius diſpoſuiſſe, & ita teſtatorem committentem æque ac eum, quem heredem ſcribi voluit, fuiſſe deceptos, ideoque hanc inſtitutionem a decipiendo dici captatoriam ſecundum *Gloſſam in d. l.* 70. *de her. inſtit.* Accedit hæc ſententia ad priorem quodammodo. Qui enim alteri mandat, ut de bonis ſuis teſtamentum faciat

ciat, nihil aliud facit, quam quod teſtamenti ſui factionem in alterius voluntatem & arbitrium conferat. In eo tamen eſſet differentia, quod ibi teſtator in teſtamento dixerit: Quem Titius voluerit hæres eſto, hic vero teſtator extra diſpoſitionem ultimæ voluntatis & quaſi per modum mandati Titio commiſerit diſtributionem bonorum ſuorum. Uti vero nullum eſt dubium, nec ejusmodi mandatum valere propter rationem *d. l. 32. ff. de hered. inſtit.* Ita & ratio modo dicta obſtat, quominus poſſimus nobis perſuadere, ſub ea latere exemplum captatoriæ inſtitutionis.

§. VIII. Magis inconcinna eſt ſententia illorum, qui putant formam Captatoriæ inſtitutionis exhiberi *in l. 68. de hered. inſtitut. & in l. 52. de Condit. & demonſtrat.* quandoſcilicet quis inſtituatur ſub ejusmodi conditione, quæ plane ab arbitrio illius, qui iſtam adimplere debet, dependeat, e. g. inſtituo te, ſi Titius Capitolium adſcendat. vid. Svarez, & *reliqui Autores §. 6. citati idem Dd. paſſim ad d. l. 68. & d. l. 52.* Hoc autem genus inſtitutionum quod attinet, non magna equidem differentia videtur eſſe inter hanc & illam, quæ in abſolutam alterius confertur voluntatem, ſiquidem in dicto caſu ipſa inſtitutio non minus dependere videtur ab arbitrio tertii, quam actus iſte, ut adſcendat capitolium, utpote a quo actu ipſa quoque dependet heredis inſtitutio, atque exinde factum eſſe arbitror, quod caſus iſte ad captatorias inſtitutiones relatus fuerit. Interim tamen in effectu maxima omnino cernitur eſſe differentia, ſiquidem per ſe manifeſtum quidem, inſtitutiones expreſſe & ſimpliciter in alterius arbitrium collatas non valere, contra vero iſtas ſub ejusmodi conditione, utut, illa maxime ab alterius voluntate dependeat, ſubſiſtere. Verba d. l. 52. dedimus jam §. 6. Similia plane ſunt Pomponii *in d. l. 68. de hered. inſt. ſi quis Sempronium heredem inſtituerint ſub hac conditione* ſi Titius

us

Digitized by Google

tius in Capitolium adſcenderit: *quamvis non alius heres poſſit eſſe Sempronius niſi Titius adſcendiſſet in Capitolium, & hoc ipſum in poteſtate ſit repoſitum Titii, erit utilis ea inſtitutio. Atquin ſi quis ita ſcripſerit*, ſi Titius voluerit, Sempronius heres eſto, *non valet inſtitutio. Quædam enim in teſtamentis ſi exprimantur, effectum nullum habent, quando, ſi verbis eleganter eandem ſignificationem habeant, quam haberent expreſſa, & momentum aliquod habebunt. Sic enim* filii exheredatio *cum eo valet* ſi quis heres exiſtat, *& tamen nemo dubitat, quin ſi aliquis filium exheredaverit*, Titius heres eſto, & cum heres erit Titius, filius ex-heres eſto, *nullius momenti eſſe exheredationem.* Jam vero ſi talis inſtitutio ſubſiſtit, quo jure poſſet eſſe captatoria, cum ſupra jam § 3. *ex Cajo l. 64. de leg. 1. & Juliano l. 1. ff. de his quæ pro non ſcript.* habentur viderimus, captatorias inſtitutiones non valere.

§. IX. Sunt porro qui tradunt, captatoriam inſtitutionem eſſe eam, quæ fit ad alterius interrogationem, vel ut alii volunt, quæ blanditii; & aliis perſuaſiunculis ab heredipetis eliciuntur. *Vid Alex. Conf. 33. V. 3. Dauth. de teſtam. n. 23.* ubi inter alia: *Sæpe morituri*, inquit, *vexantur ab amicis, monachis & aliis, utrum hoc vel aliud facere velint, tales ſuggeſtiones Autores ſuos nihil iuvant.* Sed nec hi captatoriam inſtitutionem ex mente legum exponunt. Id quidem recte ſenſerunt, & propterea non ſine cauſa diverſum longe a præcedentibus opinati ſunt captatoriam inſtitutionem a captando dici, adeoque ſine captatione non poſſe eſſe inſtitutionem captatoriam At in eo decepti ſunt, quod captationem quæſiverint in facto heredis, cum leges ſupra de captatoriis inſtitutionibus recenſitæ ſatis oſtendant, captatorias inſtitutiones ita dici a captatione teſtatoris. Confuderunt adeo *captatas* inſtitutiones, cum *captatoriis.* Hæc autem confuſione ſemel admiſſa non mirandum, quod illi autores communiter aſſeruerint, ejusmodi captatas inſtitutiones non valere, contra, quam fuſius aſſeruimus *in diſſert. de injuſto heredip. jure.* Cum enim legerent. *Captatorias*

Digitized by Google

torias inſtitutiones non valere,& captas pro captatoriis haberent,non potuerunt non etiam captitatis inſtitutionibus effectum omnem juris denegare.

§. X. Igitur ad captatoriam inſtitutionem requiritur,ut in ea teſtator alterius hereditatem captet. Sed cave,ne hoc ad ejus eſſentiam ſufficere arbitreris. Requiritur ad eſſentiam hominis ut corpus habeat, ad in corporitate non abſolvitur hominis eſſentia. Iſta ſi cogitaſſent ICti plerique celeberrimi, non properaſſent nimis, recedendo a ſententia communi gloſſæ, neque nimis fidenter aſſeruiſſent, captatorias inſtitutiones eas eſſe, quæ fiunt obtinendæ, eliciendæ aucupandæque hereditatis alterius gratiæ, ſive quæ diriguntur ad ſucceſſionem ejus, de cujus voluntate nobis non conſtat, v. g. *inſtitutio te, ſi me heredem inſtitues. Vide Brunnem. ad l. 70. de hered. inſtit. & deciſ 24. cent. 2. num. 4. Wiſſenb. diſſ. ad ff. 56. th 16. Huber. prælect. ad ff. tit. de hered. inſt. in fin. & Poſit de tit. n. 11. ſeq. Dauth. de teſtam. num. 26. Corus. Miſcellan. lib. 5. 6. 13. Donellum lib. 6. c. 19 lit. g. Perez. in Prælect. ad Cod. lib. 6. tit. 24. n. 9. Cujac. lib. 16. obſ. 11. & ad l. 70. ff de hered. inſtit &c.* Deducemus autem hiſtoriam hujus interpretationis paulo altius. Inter Latinos Juris interpretes primus videtur fuiſſe Andreas Alciatus, qui in exponenda natura inſtitutionum captatoriarum a communi doctrina Gloſſatorum hactenus indicata & refutata receſſit. Ita vero hic *lib 2 parerg. c. 31. Captatoriam inſtitutionem dici exiſtimant vulgo noſtri Doctores: quia ex ea teſtator remaneret captus. Sed aliter ego cenſeo. Captare enim eſt illecebris, obſequio donis, ſpe majorem aucupari. Merito captatoriæ inſtitutiones dicuntur, quæ hæc ex cauſa factæ ſunt, ut ab aliquo quis inſtituatur, vel legatum conſequatur l. captatoriæ de hered. inſt. in quibus SCto hæ demum probatæ ſunt quæ mutuis affectionibus aut obſequiis judicii provocaverunt. Si quæ vero in ſecreta alienæ voluntatis collatæ ſunt, non valent; ut, cum Titium inſtituo ſi Sempronius voluerit. Veriſimile enim eſt, me Sempronium captaſſe, ut cum tan-*

tum

tum ſibi licere de bonis meis videat, legato me vel hereditate remuneretur. Idem cenſendum ſi ipſum Sempronium ſub hac conditione, ſi me vice verſa heredem ſcribat, inſtituero: Hic enim apertiſſima eſt captatio. Sed etſi in aliam perſonam captatio dirigatur, idem eſt, ne fraudi colluſionique ſit locus. Ut ſi dixero: Sempronius heres eſto, ſi Titium ipſe heredem ſcribat. Quid enim ſi ipſe cum Titio colludam, nonne Senatus Conſulto fraus fieret? Exiſtimo igitur non tam favore Teſtatoris Sctum iſtud factum fuiſſe, quam captationis ipſius odio Male enim ſemper apud veteres audivit id hominum genus. Plinius Epiſtolarum libro II. Regulus, qui ſperaret aliquid ex novis tabulis, captare eam cepit. Et mox: Improbiſſimum genus eſt, aliena teſtamenta, falſis ipſis, quorum illa ſunt, dictare. Adverſus eosdem & non uno in loco invehitur Martialis; Irridet & quibusdam dialogis Lucianus, fraudesque detegit. Sed quid ſi captatoriam inſtitutionem interpretemur, quæ in ſecretam alicujus voluntatem collata eſt? quia veriſimile eſt fore, ut is arbiter ab omnibus captetur, ut quod eorum commodo ſit, declaret. Extat Theodoſii conſtitutio, qua Leontii Jucundæque conjugum pietatem laudat, qui iisdem tabulis ambo teſtamentum condiderant, & ſe invicem heres ſcripſerant. Qui mos hodie in Germania ut plurimum obſervatur. Nec enim inquit ille, captatorium judicium dici poteſt, cum duorum fuerit ſimilis affectibus, & ſimplex religio teſtamenta condentium.

§. XI. Recte hic Alciatus in eo receſſit ab antiquæ captatoriæ inſtitutionis expoſitione, quod aſſerat, captatoriam inſtitutionem non dici ab eo, quod teſtator captus ſit, ſed quod teſtator alios captare velit, & quod adeo SCtum non tam favore Teſtatoris quam captationis ipſius odio factum ſit. In eo vero antiquum errorem retinuit, quod caſum captatoriarum inſtitutionum eundem cum Gloſſatoribus retinuerit, *cum Titium inſtituo ſi Sempronius voluerit.* Dura quippe & nimis longe petita eſt illa captationis præſumtio, quam adducit Alciatus, quaſi veriſimile ſit, me Sempronium captaſſe, ut cum tamen licere ſibi de bonis

 meis

meis videat, legato me vel hereditate remuneretur, aut quaſi futurum ſit, ut is arbiter ab omnibus captetur, ut, quod eorum commodo ſit, declaret. Non eſt ad genium, neque captantium neque captatoriis, iſte hamus, nec credo ullum unquam apud Romanos eo modo captatum fuiſſe, tantum abeſt, ut præſumamus, captationes ejusmodi ita frequentes fuiſſe & noxias, ut SCto ad eas coercendas opus fuerit, præprimis cum diſſertatio noſtra *de injuſto jure Hered petarum* ſatis oſtenderit, captationem hereditatum apud Romanos regulariter fuiſſe impunem. Taceo, quod abſurdum illud & Alciato obſtet, quod jam ſupra tetigimus. Nam etiam ſupponamus, per illam formulam etiam captata fuiſſe aliorum bona, quid opus, fuiſſet contra eam SCtum condere, cum illa jam ex alio capite, & quod nemo ex aliena voluntate ſuſpendere ſuum judicium poſſit, fuerit inanis. Quamvis autem forte iſta ſenſerit Alciatus, & adeo alium caſum captatoriæ inſtitutionis addiderit, in quo apertiſſima eſt captatio: *Inſtituo Sempronium ſi me vice verſa heredem ſcribat*, aut ſi aliam perſonam ſubſtituam: *Inſtituo Sempronium ſi Titium heredem ſcribat*, cum quo forte colluſerim, tamen nec iſte caſus apti ſunt ad declarandas iuſtitutiones captatorias, qua SCtum prohibuit. Jam enim ſupra § 4. ex *l.* 29. *ff. de hered. inſtit.* & ex *l.* 20. §. 2. *de condit. inſtit.* oſtendimus, ejusmodi inſtitutiones valere, adeoque ad captatorias inſtitutiones, quæ prohibitæ ſunt, non pertinere etſi non negemus, formulis iſtis ſæpe captatas fuiſſe aliorum hereditates. Et deceptus adeo eſt Alciatus ſi putavit, caſu iſtos, quos poſuit, contineri, *in l.* 70. *de hered. inſtit. & l.* 71. §. 1. *eod.* aut formulis ibi contentis æquipollere. *Vide ſupra* §. 3. Unde nec quicquam, ejus ſententiam adjuvant loca, quæ ex Plinio Martiale, & Luciano adducit, quod captatores aliorum hereditatum male audiverint ubique. Verum eſt, ſcripſerunt iſta Plinius, Martialis & Lucianus, & ipſi ea loca cum pluribus alii adduximus *in d. diſſert.*

diſſert. §.15. 21. 22. *ſeqq* & tamen iis non obſtantibus oſtendimus, licuiſſe apud Romanos heredipetari, ſed cum lemmate noto Ciceronis: Non omne, quod licet, honeſtum eſt. Quod denique de Leontii & Jucundæ teſtamento mutuo affert Alciatus, forte ea intentione factum eſt, ut caſum dare voluerit ad explicanda verbis Papiniani in *l.* 70. *de hered. inſtit.* quod captatorias inſtitutiones improbaverit Senatus, non eas, quæ mutuis affectionibus judicia provocaverint. Sed de his erit commodior locus dicendi infra. Pergamus nunc ad JCtos alios.

§ XII. Vixit Alciatus in medio ſeculi præcedentes. *Vide Guidon, Pancirollum de claris Legum interpretibus lib. 2. c. 196 Quendſtett de patriis illuſtrium virorum p. ix. 291.* Ejus diſcipulus Antonius Auguſtinus, *vid. Pancrioll. d. lib. 2. c. 188.* paulo propius ad veritatem in doctrina de captatoriis inſtitutionibus progreſſus eſt. Prolixius eſt ea de re *caput* 15. *libri* 4. *Emendat.* cujus adeo potiſſima momenta hic excerpemus: *Captatoriæ,* inquit, *ſcripturæ aut hereditates quæ ſint inde facile cognoſcemus, ſi captandi verbum intelligamus. Eſt autem venari & aucupari lucrum. - - - - Captatoria inſtitutio, a noſtris conſultis dicitur ea inſtitutio, qua quis alterius hereditatem aut legatum captat. aut quodcunque lucrum ex alterius morte. Qua in re ab Alciati noſtri ſententia non recedo. Hujus tamen inſtitutionis formulam hanc fuiſſe exiſtimo.* Titius, qua ex parte me heredem inſtituerit, ex ea parte heres mihi eſto - - *Paulus ait,* - - - illæ autem inſtitutiones captatoriæ non ſunt, veluti, ſi ita heredem quis inſtituat: Qua ex parte Titius me heredem inſtituit, ex ea parte Mævius heres eſto, quia in præteritum, non in futurum inſtitutio collata eſt. *Si igitur in præteritum concepta non eſſet, ſed in futurum, ut illa noſtra, captatoria eſſet. Quod ipſum apertius poſtea dicitur.* Sed illud, *inquit,* quæri poteſt, an idem ſervandum ſit, quod Senatus cenſuit, etiamſi in aliam perſonam captionem direxerit. *Eleganter captio-*

nem

nem appellat humatam illam inſtitutionem. Veluti ſi ita, *inquit*, ſcripſerit. Titius, ſi Mævium tabulis teſtamenti ſui heredem a ſe ſcriptum oſtenderit, probaveritque, heres eſto. Quod in ſententiam SCti incidere non eſt dubium. *Cum itaque non in aliam ſed in teſtatoris,* haud dubie legendum, *heredis) perſonam captio directa eſt, non ex ſententia ſolum, ſed etiam ex SCti verbis improbatur. Id eſt, quod in cap. 1. de his quæ pro non ſcriptis habentur, dicitur.* Nam Senatus cum pœnas legis Corneliæ conſtitueret adverſus eum, qui ſibi hereditatem vel legatum ſcripſiſſet, eodem modo improbaſſe videtur, quo improbatæ ſunt illæ: Qua ex parte me Titius heredem ſcriptum in tabulis ſuis recitaverit, ex ea parte heres eſto, ut perinde haberentur, ac ſi infertæ teſtamento non eſſent. *Hac etiam de cauſa c. 79. de hered. inſtit. de illa inſtitutione dubitatum eſt*: Quanta ex parte me a Titio heredem inſtitutum recitaſſem, ex ea parte Sempronius mihi heres eſto, *& non eſſe captatoriam, reſponſum eſt. Non enim captare videor Titii hereditatem, cui nihil relinquo, neque Sempronio illum (forte illi) a Titio lucrum venor: Præſertim ſi de Teſtamento Titiano ante meum teſtamentum factum illud caput intelligamus.- - - Sed & Conſtantinus Harmènopulus, Græcus JCtus, nullam aliam χάριν ἀμειβομένην inſtitutionem, (ſic enim captatoriam appellat) improbat, quam quæ ſub conditione futuræ inſtitutiones facta eſt. Verba ejus ſunt hæc:--* ---- Captatoriæ, *inquit*, inſtitutiones non valent, ut puta: Petrus, ex qua parte me ſcribet heredem, heres mihi eſto. Quæ vero in præteritum tempus inſtitutiones conceptæ ſunt, valent: veluti: qua ex parte ſcripſit me heredem Petrus ex eadem mihi heres ſit. Neque ſolum in teſtatoris perſonam ſed & in aliam fit captatoria inſtitutio, ut; ſi Petrus ſcripſerit Paulum heredem, mihi heres ſit. *Hæc Conſtantinus, cui accepto ferimus hoc quales eſt boni, quod ex hac interpretatione venit.- In eandem ſententiam caput 68. de hered. inſtit. cujus cauſa ſuperiora omnia ſcripſimus, interpretandum eſt.*

Digitized by Google

eſt. ---- Captatorias inſtitutiones non eas Senatus improbavit, quæ mutuis affectionibus judicia provocaverunt, ſed quarum conditio confertur ad ſecretum alienæ voluntatis: *Hoc eſt, ſi quis alterum pure inſtituat, & ille ſive ſciat, ſive ignoret, eum a quo eſt inſtitutus, pure etiam inſtituat, neutra eſt captatoria, namque ipſe affectione mutua uſi ſunt, in ultimo eorum judicio & voluntate. Sed ſi ſub ea conditione, quæ ex alterius teſtamento petent, (hoc enim ſecretum alienæ voluntatis appellat) uti illa eſt: Quo ex parte me ille heredem inſtituet &c. hæ JCto reprobatæ ſunt. Quo capite non illud definitum eſt, ut Accurſiani exiſtimant: Captatorias inſtitutiones eſſe, quæ ita fiunt: illum inſtitutio, ſi Titius voluerit, ſed -- licet ſecretum alienæ voluntatis quodcunque alienum arbitrium dici poſſit, tamen Papiniano ſatis viſum eſt rationem afferre, qua pura inſtitutio a captatoria differret. Nam quod Accuſiani dicunt, voluntates ex alieno arbitrio pendere non poſſe, item ego affirmo. Item illud, hanc fortaſſe non levem captatoriæ ſcripturæ improbandæ cauſam: nego tamen eas omnes inſtitutiones captatorias eſſe, quæ ex alieno arbitrio pendeant. --- Neque tacite fieri poſſet, ut cum Sempronius heres inſtituitur ſi Titius in Capitolium aſcenderit. Eſt enim id in ſecreta Titii voluntate poſitum. Fieret enim SCto fraus, vel etiam contra ejus verba eſſet, ſi verum eſt Senatum eas inſtitutiones improbasſe, quæ alieno arbitrio committuntur. Idem in legatis reſponſum eſt. &c.*

§. XIII. Recte hic Antonius Auguſtinus ab Accurſianis receſſit, quod captatoriam inſtitutionem & eam quæ committitur in alienum arbitrium, oſtenderit eſſe diſtincta, licet non ita bene in favorem præceptoris ſui Alciati conceſſerit: inſtitutionum ſub alieno arbitrio fortaſſe non levem captatoriæ ſcripturæ improbandæ cauſam fuiſſe, cujus contrarium oſtendimus §. 11. Nam Accurſiani ne hoc quidem aſſerebant. Quamvis iterum recte in eo recedat a Alciato & Accurſianis, quod inter formulas captatoriæ inſtitutionis illam, *Sempronius heres eſto ſi Titius voluerit*, non re-

retulerit. Sed rurſus absque ſufficienti ratione, quodcum Alciato omnem inſtitutionem, quæ captandæ hereditatis alienæ gratia fit, pro captatoria illa a SCto prohibita habuerit, & quod caſum alterum Alciati: *Sempronius heres eſto, ſi me vice verſa heredem ſcribat* retinuerit, aut ut ipſe effert: *Qua ex parte me Titius heredem inſtituerit, ex ea parte mihi heres eſto,* cum tamen ut jam §. 11. dictum *l. 29 de hered. inſtit. & l. 20. §. 2. de condit. inſtit* contrarium oſtendant. Unde non eſt quod Auguſtinus Harmenopulo acceptum ferat hoc, quod qualecunque eſſe ait bonæ interpretationis, quamvis ſinceritas Auguſtini Autorem ſuum indicantis commendanda ſit. Ergo decepit Auguſtinum autoritas Harmenopuli. utrumque vero decepit non recte intellectus locus Pauli *in l. 71. pr. de hered. inſtit.* (vid. ſupra §. 3.) Cum enim paulus ibi aperte aſſerat, illam formulam, qua ex parte Titius me heredem inſtituit, ex ea parte Mævius heres eſto, captatoriam non eſſe, quia in præteritum, non in futurum inſtitutio collata eſt, intulerunt, ergo ſi captio in futurum collata eſt, eſt captatoria inſtitutio. Eſt hoc argumentum, quod dici ſolet a contrario ſenſu. Quod uti Topicum eſt, ita ſæpius non procedit. Notant Doctores: argumenta a contrario ſenſu non bene procedere in legibus Codicis. Habes exemplum, & dicenda oſtendent latius, quod etiam non ſemper obtineat in legibus pandectarum. Captatoria inſtitutio eſt inſtitutio, quæ ſub aliqua conditione fit. Omnis conditio ſuſpendit effectum in futurum. Ergo quæ non eſt in futurum inſtitutio, uti non eſt ſub conditione, ita nec captatoria eſt. Et adeo recte paulus, inſtitutionem, quæ in præteritum, non in futurum collata eſt, non eſſe captatoriam. Sed quis inde inferret, ergo inſtitutio in futurum collata captatoria eſt: Sequeretur enim exinde, omnem inſtitutionem conditionalem captatoriam eſſe, quod abſurdum. Ergo Harmenopulus & Antonius Auguſtinus miſcuerunt propoſitiones diſtinctiſſimas: unam: Captatoria inſtitutio debet in futurum concepta eſſe: alteram: Inſtitutio-

Digitized by Google

tutiones (adde & captiones) in futurum conceptæ ſunt inſtitutiones captatoriæ. Dato vero & admiſſo ſemel hoc inconveniente duriter ſane & contorte exponere *l.68.de hered inſtit.* Antonius Auguſtinus adactus fuit, quaſi nempe Papinianus ibidem per inſtitutiones, quæ mutuis affectionibus judicia provocaverint, quasque a ſenatu haudquaquam improbare dicit, intellexerit inſtitutiones puras non conditionales ullas, ut adeo eo fortius ab Auguſtino excludatur omnis conditio captans; cum tamen vel ſolum *provocandi* verbum & reliqua quæ ſuo loco circa expoſitionem illius legis 68. notabimus, oſtendant, nihil minus in mente habuiſſe Papinianum, quam inſtitutiones puras.

§. XIV. Poſt Antonium Auguſtinum unanimiter omnes Juris interpretes Harmenopuli ſententiam amplexi ſunt. Vide quos ſupra citavi §. 10. Unde etiam eſt, quod inter illos proximus ab Antonio Auguſtino Jacobus Cujacius in Papiniano *ad lib. 6. reſp. & ad d. l. 70. de hered. inſtit. p.* 220. dicat, quæ ſint captatoriæ inſtitutiones, Græcos interpretes intellexiſſe, ex Latinis neminem intellexiſſe, præter Marianum Socinum Juniorem (ad quem etiam provocat Antonius Auguſtinus d. l.) cæteros omnes captatorias inſtitutiones interpretatos eſſe eas, quæ conferuntur in arbitrium alterius. Nec mirandum adeo, quod iſta ſententia praxin noſtram invaſerit, & inſtitutio captans hereditatem alienam pro inſtitutione captatoria Legibusque prohibita ſit judicatum. Unicum ſaltem teſtem hujus rei adducemus celebrem Brunnemannum *in l.70. ff. de hered. inſtit. Blanditiæ ait, Inſtitutionem non vitiant, ſed ſi quis referat ſeſe ad ſecretum alienæ voluntatis, talis inſtitutio eſt prohibita, v gr. ſi Titius me inſtituet heredem, inſtituo eundem. Vel: pro qua parte me inſtituet, ea parte inſtituo Cajum. Secus, ſi in præteritum, non infuturum callata ſit inſtitutio, quia hic non eſt provocatio inſtitutionis alienæ qualis inſtitutio etiam militi prohibita, quia ſimplicitati militum ſuccurritur, non calliditati, quæ auxilium non mere-*

C *tur.*

tur. --- Ideo quando Doctores dicunt, præſumtionem captationis præmii ab amore conjugali excludi. Gail. lib. 2. obſerv. 113. n. 4. Mev. in jure Lubec. P. 2. art. 1. tit. 10. n. 6. *id facile concedo. Sed ſi maritus expreſſe ea conditione inſtitueret, ſi ab uxore inſtitueretur, hic non tantum eſſet mutua provocatio affectionis conjugalis, ſed expreſſa captatio pecuniæ conjugalis. Expreſſa ſæpe nocent, non expreſſa non nocent. Et ita deciſum Menſ. Decemb. An. 1653.*

§. XV. Sed de illa ſententia qua expreſſa captatio pecuniæ conjugalis per deciſionem illam judicata fuit eſſe injuſta & irrita, infra ſuo loco ubi de uſu doctrinæ de captatoriis inſtitutionibus agemus. Jam tempus eſt, ut, poſtquam jam oſtenderimus nec Græcorum illam nec Latinorum expoſitionem eſſe convenientem principiis juris Romani, & expreſſis textibus, noſtra quoque myrothecia aperiamus, viſuri, an aliud quid convenientius dictis proferre poſſimus. Magna lis, & multis conviciis utrobique agitata, orta eſt Claudio Salmaſio, eo quo dixerat, JCtos omnes ignoraſſe modum verum ſignandi teſtamenta, quod injuriarum interpretatus Deſiderius. Heraldus graviter ea propter, JCtos defenſurus, invehitur in Salmáſium, de quo forte paulo poſt. *Vide interim Salmaſium in libro de modo uſurarum cap. 10. & 11. item in defenſ. miſcell. cap. 7. & in ſpecimine confutat. animadverſ. Heraldi c. 1. Heraldum in animadverſ. ad Salmaſ. defenſ. Miſcellas Lib. 1. c. 1. & lib. 7. cap. 1. & multis ſeqq.* Dixerat iſta Salmaſius paulo arrogantius, & non abſque animo contumelioſo. Nos, etſi perſvaſi ſimus, JCtos inſtitutiones captatorias parum convenienter expoſuiſſe, non eſt tamen quod de ingenio noſtro & de ignorantia aliorum gloriemur. Fefellit Viros optimos ac celeberrimos nimia reverentia præceptorum, & quod ita adſuefiamus a longo tempore in Academiis, ut piaculum habeatur à ſententia Præceptorum recedere, aut ſententias eorum, quamvis erroneas aut certe dubias non publice & ad pu-

dorem

dorem usque exoſculari. Si Alciatus, ſi Antonius Auguſtinus, ſi Cujacius & reliqui Juris Antiſtites qui Jurisprudentiam a Gloſſatorum ineptiis purgare & ſapere inceperunt, noſtro ſeculo, ubi a præjudiciis autoritatis hactenus captiva detenta ſapientia magno conatu vincula rumpit, vixiſſent, næ, non id tantum, quod dicemus, obſervaſſent ſed & in aliis plurimis emendaſſent errores vulgares; quibus poſt illorum tempora cumulavit Jurisprudentiam noſtram infauſtum plerorumque ſtudium, qui non leges docent & legum rationes, ſed errores pragmaticorum, quique crimen læſæ majeſtatis interpretantur, ſi cupidus veritatis animus ultra dictata Præceptorum ſuorum ſapere intendat. Nunc cum poſt tantos juris reſtauratores pejor ætas ſemper tulerit progeniem vitioſiorem, vitio nobis non vertetur, ſi communi diſcentium officio functi & libertate Academica fruentes libere ſed modeſte dicamus, quid nobis videatur.

§. XVI. Uti vero alias leges bonæ methodi requirunt, ut veritatem inventuri a facilioribus & magis notis progrediantur ad difficiliora & hactenus in cognita, ita originem forte falſæ interpretationi dediſſe videtur, quod JCti occaſione primæ legis quæ in pandectis de captatoriis inſtitutionibus occurrit, nempe *l. 70. de hered. inſtit.* voluerint inveſtigare earundem formam, non antea collatis textibus parallelis forte magis perſpicuis, cum tamen illa lex ſit intuitu reliquarum omnium difficillima, & præprimis, quod Papinianus ibi *de ſecreto alienæ voluntatis* dixit, ſit id quod huc usque in ſecreto fuit, cum recte noviores rejecerint interpretationem gloſſatorum, per illud intelligentium arbitrium alienum, & ſequentia oſtenſura ſint, noviores in eo quidem aberraſſe parum a ſcopo, quod per ſecretum alienæ voluntatis intellexerint teſtamenta aliena, multum tamen aberraſſe, quod omnia aut omnis generis teſtamenta. Quodſi ergo ex reliquis legibus illas primum

Digitized by Google

adorti eſſent, quæ plus lucis in re dubia dare poterant, nullum eſt dubium, quin vidiſſent id quod quilibet præjudicio vacuus videre poteſt.

§. XVII. Id equidem non una vice dicitur, quod Senatus captatorias inſtitutiones interdixerit, *l. 70. l. 71. §. 1. d. hered. inſtit. l. 1. de his, quæ pro non ſcriptis habentur*. Quodſi ergo hoc SCtum haberemus, tanquam fontem, abſque difficultate etiam intelligeremus commentationis JCtorum. Nunc cum intempeſtiva Triboniani diligentia id perdiderimus, utile foret, ſi id ex aliis fragmentis reſtituere poſſimus. At vereor, ut iſta via multum lucraturi ſimus, cum de eo varie diſſentiant JCti, quodnam illud & quo tempore conditum fuerit, tantum abeſt, ut ejus tenorem nobis exhibeant. Gloſſa & cum illa plerique Doctores arbitrantur, fuiſſe id SCtum Libonianum, quibus tamen ſe opponit Cujacius *ad l. 70. de hered. inſtit.* negans hoc SCtum intelligi, utpote quod non de captatoriis inſtitutionibus vel legatis, ſed de falſariis, qui ſibi quid adſcribunt in teſtamento, loquatur. Poſſet tamen eadem facilitate ratio Cujacii recrudi, cum non repugnet, unum idemque SCtum de multis capitibus, præprimis connexionem inter ſe habentibus, fuiſſe conditum. Jam vero connexa ſunt, coercere falſum eorum, qui ſibi legata adſcribunt, & illos falſarios, qui in ſecreta alienæ voluntatis inquirunt. Non vero diffiteor *l. 1. ff de his quæ pro non ſcript. habentur*, ubi utrumque caput conjungitur, ita comparatum eſſe, ut pro utraque ſententia, & gloſſæ & Cujacii exinde deduci poſſint conjecturæ. Porro cum & ipſi Libones varii fuerint, *uti videri eſt ap. Steph. Vinand. Pighium, in Annal. Magiſtr. & Prov. S.P.Q.R. L. 3. f. 493. & 544. ſeqq. & Glandorpii Onomaſt. Rom. in Petiliis & Scriboniis.* iterum dubium eſt a quo Libone iſtud denominetur, & quo tempore latum ſit. Non aliud Antonius Auguſtinus, diligentiſſimus alias harum rerum collector *in Tractatu de Legibus & SCtis* de eo tradit, quam quod illud

Digitized by Google

illud cum Edicto D. Claudii eodem fere tempore factum eſſe credat, fundamentum aſſerti ſumens ex *l. 3. C. de his, qui ſibi adſcripſ. in teſtam.* ubi Imp. Alexander. *SCto & Edicto Divi Claudii prohibitum eſſe ait, eos qui ad ſcribenda teſtamenta adhibentur, quamvis dictante teſtatore aliquod emolumentum ipſis futurum ſcribere, & pœnam legi Corneliæ facientibus irrogatum eſſe.* Ex quibus patet, hanc ipſam eſſe oppinionem Gloſſæ, contra quam Cujacius modo diſſeruit. Ex forte ex Hottomanni indice SCtorum ei opponi poſſet, quod hic SCtum Libonianum de falſis compoſitum eſſe cenſeat ſub Hadriano Imperatore Anno U. C. 880. *arg. l. 1. & paſſim. ff. de falſis.* Adde Salmaſ. *Obſerv. Miſcell. ad Jus Att. & Rom. c. ult. p. 877. ſeqq.* Ergo hic quidem omnia incerta.

§. XIIX. Quis ergo ſuppeditabit genuinum caſum captatoriam iuſtitutionum, quas Senatus prohibuit? Quodſi enim hunc, id eſt formulam captatoriæ inſtitutionis haberemus, omnia in ſalvo forent. Dixi ſupra §. 3. Formulam illam contineri in *d. l. 1. ff. de his qui pro non ſcript. hab.* QVA EX PARTE ME TITIUS HEREDEM SCRIPTUM IN TABULIS SUIS RECITAVERIT, EX EA PATRE HERES ESTO. Mirum, quod non viderint eam Interpretes, ni Tribonianus pro more ſuo legem hanc extra oleas vagari voluiſſet, & ab aliis textibus parallelis de captatoriis inſtitutionibus ſeparaſſet. Adde quod in *d. l. 1.* vox captatoriæ inſtitutionis non occurrat. Gratias tamen agendæ ſunt Triboniano, quod *d. l. 1.* nobis conſervare voluerit, uti gratias agere ſolemus raptoribus, ſi rem caram nobis reliquerunt. Quodſi enim abſque ea fuiſſet, nec nos divinare potuiſſemus, quale quantumque ens ſit inſtitutio captatoria. Nunc vero, cum hanc formulam conferamus cum iis quæ diſputant JCti in *l. 71. §. 1. & l. 81. §. 1. de hered. inſtit.* quas ſupra §. 4. deſcripſimus, omnia ſunt aperta. Et agnoverunt etiam, certe non negarunt JCti plerique, quantum memini, niſi quod formulam, qua ex parte me Ti-

tius heredem ſcriptum in Tabulis ſuis recitaverit, aut, ut eſt in *l.* 71. §. 1. *de hered. inſtit.* oſtenderit, putarent æquipollere cum ea, qua ex parte me Titius heredem inſtituet, ſeducti ex non intellectis lis quæ in dicta *l.* 71. *pr.* præcedunt. *Conſ. ſupra* §. 12. & 13. Igitur evidenter oſtendendum eſt, maximopere differre illas duas formulas, quamvis utraque ſit captatoria, adeoque non omnem captatoriam inſtitutionem fuiſſe a SCto prohibitam, ſed illam ſaltem quæ uteretur formula *de l. 1. de his quæ pro non ſcript. hab.*

§. XIX. Quod ut rite ſiat, ex antiquitate Hiſtoriæ Romanæ præſupponendum eſt, ſanctis fuiſſe habitas a populo Romano, iisque qui laudem aliorum, utque pro viris honeſtis haberentur, affectarent ultimas voluntates partim quod forte peculiares & extraordinariæ crederentur aſſe animæ ad mortem reflectentis operationes, partim quod liberius in teſtamentis multa judicia de aliis ponerent, quam inter vivos ſecure fieri poterat, partim ob alias rationes. Quæ enim vivi propalare nolebant, ea ſæpius in teſtamentis ſuis poſt mortem demum aperientis ſine metu invidiæ aut odii proferebant. Pertinent huc ea, quæ paſſim memorat Tacitus. Ita *lib.6. Annal. c.24.* de Druſo, *qui primo alenationem mentis ſimulans, quaſi per dementiam funeſta Tiberio, mox, ubi expers vitæ fuit, meditatas compoſitasq; diras precatur, ut, quemadmodum nurum filiumq; fratris & nepotes, domumque omnem cædibus compleviſſet, ita pœnas nomini generiq; majorum & poſteris exſolveres.* Sed hoc extra teſtamentum fiebat. Alibi propius ad rem *lib.6. Annal. c.38. Fulcinius Trio ingruentis accuſatores haud perpeſſus ſupremis tabulis multa & atrocia in Macronem ac præcipuos libertorum Cæſaris compoſuit, ipſe fluxam ſenio mentem & continuum abſceſſum, velut exilium objectando. Quæ ab heredibus occultata recitari Tiberius juſſit: patientiam libertatis alienæ oſtentans & contemptor ſuæ infamiæ; an ſcelerum Sejani diu neſcius, mox quoq; modo dicta vulgari malebat, veritatisque, cui adulatio officii, per probra ſaltem gnarus fieri. Et lib. 16. Annal.*

nal. cap. 19. de Perronio. *Nec tulit ultra timoris aut ſpei moras, neque tamen præceps vitam expulit, ſed inciſas venas & iterum obligatas, aperire rurſum & alloqui amicos, non per ſeria, aut quibus conſtantiæ gloriam peteret. Audiebatque referentes, nihil de immortalitate animæ, & ſapientum placitis, ſed levia carmina & faciles verſus. Servorum alios largitione, quosdam verberibus affecit. Iniit & vias, ſomno indulſit, ut, quanquam coacta mors, fortuitæ ſimilis eſſet. Ne codicillis quidem, (quod plerique pereuntium) Neronem aut Tegellinum, aut quem alium potentium adulatus eſt: ſed flagitia principis ſub nominibus exolitorum fœminarumque, & novitate cujusque ſtupri perſcripſit, atque obſignata miſit Neroni, fregitque annulum, ne mox uſui eſſet ad facienda pericula.* Patet vero ex his, teſtamentorum licentiam adeo receptam, ut plerique etiam igeniorum petulantiam, non alio velo exercerent. Ita *Fabricius Vejento multa & probroſa in patres & ſacerdotes compoſuit, iis libris, quibus nomen Codicillorum dederat*, ait idem Tacitus *lib.* 14. Iſtam tamen licentiam in ultimis voluntatibus tolerabant, etſi leges contra injurias viventium ſancirent. Sic de Auguſto Suetonius *c.* 55. 56. *Etiam ſparſos de ſe in curia famoſos libellos nec expavit, & magna cura redarguit. Ac ne requiſitis quidem auctoribus id modo cenſuit, cognoſcendum poſthac de iis, qui libellos aut carmina ad infamiam cujuspiam ſub alieno nomine edant. Jocis quoque quorundam invidioſis aut petulantibus laceſſitus, contradixit edicto. Et tamen de inhibenda teſtamentorum licentia, ne ſenatus quicquam conſtitueret, interceſſit. Conf. Lipſius ad lib. 6. Annal. Tacit. c. 38. & ad d. Sveton.* Etenim, quæ moribundi loqvuntur, vulgo majori in pretio haberi ſolebant, quam ea, quæ vivi, quo pertinet *l. 2. ff. de SCto Silaniano*, ubi Imperator Marcus Commodus Piſoni reſcripſit in hæc verba: *Cum conſtitueris apud te, Piſo cariſſime, Julium Donatum, poſteaquam conterritus adventu latronum profugerat villam ſuam, vulneratum eſſe, mox teſtamento facto purgaſſe officium ſervorum ſuorum: nec pietas pro ſervis, nec ſollicitudo heredis obtineri debet, ut ad pœnam vocentur, quos abſolvit Dominus ipſe.* §. XX.

§. XX. Id quidem obſervabant honeſti ſectatores, etſi JCtis id minime probaretur. Jam enim & tum Leguleji aut Rabulæ JCti audiebant, aut JCtornm ordo plerisque hujus generis hominibus erat repletus. Patet id vel ex Plinii epiſtolis. Tria ſaltem ex iis loca huc apponere non pigebit. Ita vero *lib.* 2. *Ep.* 16. *Tu quidem pro cætera tuâ diligentiâ admones me, codicillos Aciliani, qui me ex parte inſtituit heredem, pro non ſcriptis habendus, quia non ſint confirmati teſtamento. Quod jus ne mihi quidem ignotum eſt, cum ſit iis etiam notum, qui nihil aliud ſciunt. Sed ego propriam quandam legem mihi dixi, ut defunctorum voluntates etiamſi jure deficerentur, quaſi perfectas tuerer. Conſtat autem codicillos iſtos Aciliani manu ſcriptos. Licet ergo non ſint confirmati teſtamento, à me tamen uc confirmati obſervabuntur: præſertim cum delatori locus non ſit. Nam ſi verendum eſſet, ne quod ego dediſſem, populus eriperet, cunctatior fortaſſe & cautior eſſe deberem. Cum vero liceat hæredi donare, quod in hereditate ſubſedit, nihil eſt, quod obſtet illi meæ legi, cui publicæ leges non repugnant.* Ex libro 4. cap. 10. *Scribis mihi, Sabinam, quæ nos leliquit heredes, Modeſtum Servum ſuum nusquam liberum eſſe jusſiſſe, eidem tamen ſi adſcripſiſſe legatum: Modeſto, quem liberum eſſe juſſi. Quæris, quid ſententiam. Contuli cum prudentibus. Convenit inter omnes, quæ libertatem deberi, quia non ſit data, nec legatum, quia ſervo ſuo dederit. Sed mihi manifeſtus error videtur, ideoque puto, nobis, quaſi ſcripſerit Sabina, faciendum quod ipſa ſcripſiſſe ſe credidit. Confido acceſſurum te ſententiæ meæ, cum religioſisſime ſoleas cuſtodire defunctorum voluntatem, quam bonis heredibus intellexiſſe pro jure eſt. Neque enim minus apud nos honeſtas, quam apud alios neceſſitas valet.* Denique lib. 5. ep. 7. *Nec hæredem inſtitui, nec præcipere poſſe Rempublicam conſtat. Saturnius autem, qui nos reliquit heredes, quadrantem Reip. noſtræ, deinde pro quadrante præceptionem quadringentorum millium dedit. Hoc, ſi jus adſpicias, irritum, ſi defuncti voluntatem, ratum & firmum eſt. Mihi autem defuncti voluntas (vereor, quam in par-*

tem

Digitized by Google

tem JCti, quod ſum dicturus, accipiunt) antiquior jure eſt; utique in eo, quod ad communem patriam voluit pervenire.

§. XXI. Ob eandem cauſam etiam curæ fuit affectantibus humanitatis laudem, ut ultima mandata aut petita neceſſariorum amicorumque obſervaverint, utut cum aliquo onere fuerint conjuncta. Memorabile eſt exemplum teſtamenti alicujus plane irregularis, cujus meminit Lucianus *in Toxare. Eudamidas Chorinthius Aretæa Corinthio & Charixeno Sicyonio amicis utebatur, & iisdem quidem opulentis, cum ipſe pauperrimus eſſet. Hic vita decedens teſtamentum reliquit, aliis qui dem forte deridiculum, tibi vero haud ſcio an tale ſit appariturum, viro probo, & apud quem amicitia in pretio ſit, quique vel cum præcipuis in ea certare queas. Sic enim in eo ſcriptum erat. Lego Aretæo quidem matrem meam alendam, atque in ſenecta fovendam: Charixeno vero filiam meam elocandam cum dote, quanta ab illo maxima dari poterit. (Erat autem illi mater anus, anus, ac filiolæ jam matura nuptiis) Si quid autem interim acciderit alterutri, hujus quoque partem, inquit, alter habeto. Hujusmodi lecto teſtamento ii qui tenuitatem quidem Eudamidæ noverant, at amicitiam, quæ illi cum his viris interceſſerat, ignorabant, rem pro ludo, jocoque ducebant. Nemo certo aderat, qui non cum riſu diſcederet, quod ejusmodi hereditatem Aretæus & Charixenus eſſent accepturi, felices videlicet, atq; ita ajebant, ſiquidem perſolvent Eudamidæ ſuperſtites etiam ipſi hereditatem tradent mortuo. At heredes, quibus iſta erant legata, ut audierunt, venerunt illico, agnoſcentes, rataque facientes ea quæ erant teſtamento mandata. Itaque Charixenus quinque duntaxat dies ſuperſtes diem obiit. Aretæus autem, optimus ſucceſſor factus, tum illius, tum ſuo ipſius ſuſcepto onere & matrem aliit Eudamidæ, & filiam non ita pridem elocavit, ex quinque talentis, quæ poſſidebat, duobus in propriæ filiæ dotem, duobus in amici filiam erogatis.* Ex eodem fonte apud Romanos Auguſti tempore orta fideicommiſſa, aut potius ex facto in jus tranſierunt. §. 1. *inſt. de fideic. hered.* Ex iis idem principiis ortum ducit *l. fin. Cod. de fideicommiſſ.* De codicillis eadem eſt ratio

D pr. Inſt

pr. Inſt. de codicillis. Deducere etiam exinde ſolent Dd. regulam, morientis confeſſiones ſcripturas, reſponſa, evidentius probare, quam aliorum, dum in extremis conſtituti non præſumantur immemores cœleſtis vitæ, quod videlicet vitæ æternæ judicioque divino proximos ſe videant. *vid. Alciat. l. Præſumt.* 39. Licet enim verba moribundi fidem veri non perſtringere poſſint, in dubio tamen præſumtionem veritatis pro iis militare volunt Dd. Ex quo principio etiam originem traxit Pragmaticorum ſententia, quod juramentum delatum & jam ſuſceptum habeatur pro præſtito, ſi ſuſcipiens ante præſtationem moriatur. *Gail. II. Obſ.* 43. *Berlich. P. I. d.* 55. *n.* 14. *Carpz. lib. 6. Reſp.* 120. quamvis alii recte regerant, non omnem morientem eſſe Johannem Evangeliſtam. *Politor. Ripa. tr. de act. in mort. artic. c.* 50. *n.* 1. Quo pertinent etiam illud Platonis lib. II. de LL. *Stulte quodammodo & perverſe plerique affecti ſunt, quando morti ſe proximos arbitrantur.* Et ſi quis vel ex Jure Juſtinianeo ſeligere velit caſus ſpeciales ad heredis inſtitutionem & legata pertinentes, facile in iis aliquod deprehendet centurias, de quibus jure quis affirmare poterit, nihil tam ſtultum poſſe excogitari, de quo non aliquando in teſtamento fuerit diſpoſitum. Atque talia cum rariſſime contingant, poterat Tribonianus melius recordari *l.* 3. 4. 5. 6. *de LL.* Sed credo voluit in Corpore Juris nobis non ſolum Hiſtoriam ſapientiæ ſed & ſtultitiæ Romanæ exhibere.

§. XXII. Sed non omnes ea pietate erga teſtamenta aliorum utebantur, quin potius & enormia crimina patrabantur in hereditates aliorum, & ultimas voluntates. Oſtendunt id variæ leges, quibus huic malo occurrere tentabant. Lex Cornelia de falſis, teſtamentaria vocabatur §. 7. *Inſt. de publ. Judic.* eo quod falſa præcipue circa teſtamenta occurrent *l.* 1. *ff. ad L. Corn. de falſ.* Atque vel tacentibus nobis facile patet plerumque heredipetas & captatores aliarum hereditatum hic fuiſſe implicitos, imo vel ſolam inhiationem, &

Digitized by Google

& avaritiam homines ad ejuſmodi delicta impuliſſe. Utinam vero ab iſto crimine puri fuiſſent JCti. Jam in ego ſuſpicio eſt, idem ab illis, ſi non primum ortum in Rep. Romana, ſaltem magna ſumſiſſe augmenta. Malo rem invidioſam alienis verbis narrare. Notum eſt, lege Cincia prohibitum fuiſſe, ne Advocati dona ſumerent à Clientibus. Jam cape, quid inter alia in fraudem hujus legis egerint iſti, narrante id *Friderico Brummero ad legem Cinciam Cap. 9. p. 129. ſeqq. Non minor fraus legi Cinciæ ab Oratoribus facta fuit per captationes teſtamentorum. Invaluerat enim jam tempore Ciceronis, diu que abhinc permanſerat, mox hic Romæ adhærendi cælibibus & orbis divitibus, eosque obſequiis & munuſculis alliciendi, ut ſic in teſtamenta eorum irreperetur --- Hos igitur pari ſtudio proſequebantur advocati, eorum cauſas, licet injuſtisſimas gratis defendebant, & ſic tanquam Legis Cinciæ cultores tenaciſſimi, nihil magis, quam ludibrium & deſpectum ejus meditabantur. Quo ſpectant Horatii verba lib. II. Sat. 5.*

Magna minorve foro, ſi res certabitur olim,
Vivat uter locuples, ſine gnatis, improbus, ultro
Qui meliorem audax vocet in jus, illius eſto
Defenſor. Fama civem cauſaque priorem
Sperne, domi ſi natus erit, fœcundoque conjux.

Quibus addantur iſta Plutarchi, ſeu de amore prolis: Hos (orbos) divites ad cœnam vocant, hos præſides colunt, his ſolis Oratores gratis patrocinantur. Eodem ſine cavebant, ne amicis juſte litigantibus contra ejusmodi orbos vel cælibes adeſſent, quo nomine Ponticum quendam ſui temporis cauſidicum perſtringit Martialis lib. II. epigr. 32.

Lis mihi cum Balbo eſt, tu Balbum offendere non vis,
Pontice, eum Licino, eſt hic queque magnus homo.
Vexat ſæpe meum Patrobas confinis agellum:
Contra Libertum Cæſaris ire times.
Abnegat, & retinet noſtrum Laronia ſervum,
Reſpondes, orba eſt, dives, anus, vidua.

Non

Non bene, crede mihi; ſervo ſervitur amico,
Sit liber, dominus qui volet eſſe meus.

Et hinc more tum uſitato ad amicorum & Clientum tabulas ſignandas rogati, eos nunc malitioſis blanditiis, nunc apertis precibus, ut vel ex aſſe vel ex parte heredes ſcriberentur, permulcebant; quin imò perſæpè teſtamentarios agebant ipſi, non ſolum ea dictantes teſtatoribus, ſed & dictata ſcribentes, eaque ſuppoſitis alienis, proque ſuo arbitrio confectis tabulis, agnatos & cognatos orborum & cælibum juſta & legitima hæreditate, ſi non tota, at certe non mediocri ejus parte ſpoliabant. Hujus cenſus Patronus erat idem de quo paulò ante dixi, M. Craſſus, cujus aucupia hereditatum Cicero in Paradoxo contra eum edito ſic arguit: Si teſtamenta amicorum expectas, aut ne expectas quidem, atque ipſe ſupponis. Et lib. III. de officiis. Ac ſi dares hanc vim M. Craſſo, ut digitorum percuſſione heres poſſit ſcriptus eſſe, qui revera non eſſet heres, in foro, mihi crede, ſaltaret. Ex eadem coborte fuiſſe Q. Hortenſium, fundus, mihi eſt, quod is cum M. Craſſo teſtamentum L. Minucio Baſilio, locupleti homini in Græcia ſubjectum, allatumque Romæ ob lucrum ex communione iſtius hereditatis, (ambos enim ſubjector tabularum heredes ſecum ſcripſerat) defenderet, notante id eodem Cicerone lib. III. de offic. & Valer. Max. lib. 9. cap. 4. Neque prætereundus hic eſt M. Regulus cauſſidicus Imper. Trajano, cujus ingenium cum Plinius hinc inde in epiſtolis, tum vero ab hac captandi arte epiſt. ult. l. 2. vivis quaſi coloribus depingit. Atque hæc quidem fraus legis Cinciæ uti ſubtiliter ab Oratoribus excogitata, ita, ſi quando eis ſuccederet, (nam interdum ab ejusmodi clientibus orbis & divitibus tanquam piſciculis præroſo hamo fugientibus fallebantur, ut de eodem Regulo Plinius oſtendit,) omnium lucroſiſſima eis fuit, quippe qua ex pauperrimis exemplo Reguli, cito ditiſſimi evadebant. Et hinc licet abolito jam hoc legis Cinciæ capite, permiſſoque, Advocatis rem familiarem è patroniciis augere, tamen eos hunc ditescendi modum adhuc retinuiſſe, teſtis eſt Ammianus lib. 30. in longa illa de corruptis cauſidicorum ævi ſui moribus, βαρεκβάσει. In his primus cœtus eſt eorum, qui diverſa

jur-

Digitized by Google

jurgia per vadimonia mille jactantur, viduarum orborum limina deterentes.

§. XXII. Idem captandi ſtudium varias fraudes ſuppeditabat aperiendi teſtamenti alieni, & ita quidem aperiendi, ut falſo admiſſo in correctione aut additione ejusdem, non appareret, apertum fuiſſe, prout & hodie falſarii tales artes norunt aperiendi alienas literas. Solebant & heredipetæ ex curioſitate iſtam aperturam procurare, ut appareret, utrum inſtituti eſſent, ab iis quos captabant, cum, ut dictum, multi eos eluderent. Igitur valde ſollicitæ & anxiæ fuerunt leges Romanæ de obſignatione tabularum Teſtamenti, aliorumve etiam contractuum inter vivos, & de celatione voluntatum ultimarum. Ita de Nerone Svetonius *c. 17. Adverſus falſarios tunc primum repertum, ne tabulæ, niſi pertuſæ ac ter lino per foramina trajecto obſignarentur. Cautum, ut in teſtamentis primæ duæ ceræ, teſtatorum modo nomine inſcriptæ, vacuæ ſignaturis oſtenderentur, ac ne quis alieni teſtamenti ſcriptor legatum ſibi adſcriberet.* Et huc reſpexiſſe videtur Paulus *lib. 5. ſentent. tit. 25. Ampliſſimus ordo decrevit, eas tabulas, quæ publici vel privati contractus ſcripturam continent, adhibitis teſtibus ita ſignari, ut in ſumma marginis ad mediam partem perforatæ, triplici lino conſtringantur atq; impoſitum ſupra linum ceræ ſigna imprimantur, ut exteriores ſcripturæ fidem interiori ſervent.* Atque hic diſceptare nolumus, quod communiter ad iſtũ locum Svetonii notant Commentatores, iſtas leges, vel certe earum partem de non adſcribendo ſibi legato, non eſſe Neronis ſed Claudii, conf. ſupra §. 17.) Ex hoc fundamento etiam videtur primario ortum duxiſſe diſtinctio Teſtamenti in ſcriptum & non ſcriptum, cum teſtamento ſcripto potiſſimum uterentur, qui occultare heredum inſtitutionem vellent. Spectat huc *l. 21. C. de teſtamentis*, ubi imperatores, Theodoſius & Valentinianus ſanciunt, *licere per ſcripturam conficientibus teſtamentum, ſi nullam ſcire volunt ea quæ in eo ſcripta ſunt, conſignatam, vel ligatam vel tantum*

tum clauſam involutamque prof rre ſcripturam, vel ipſius teſtatoris vel cujuslibet alterius manu conſcriptam, eamque rogatis teſtibus ſeptem offerre ſignandam & ſubſcribendam &c. nec ideo teſtamentum infirmari, quod teſtes neſciant, quæ in eo ſcripta ſunt teſtamento: &c. Finem autem teſtamenti ſubſcriptiones & ſignacula teſtium eſſe, & non ſubſcriptum à teſtibus ac non ſignatum pro infecto habendam. Eadem intendit Juſtinianus *in §. 3. inſtit. de pupill. ſubſtit.* diſponens, *ut, ſi quis ita formidoloſus ſit, ut timeat, ne filius ſuus, pupillus adhuc, ex eo quod palam ſubſtitutum acceperit, poſt obitum ejus periculo inſidiarum ſubjaceat, vulgarem quidem inſtitutionem palam facere, & in primis teſtamenti partibus ordinare debeat, illam autem ſubſtitutionem, ſeparatim in inferioribus partibus ſubſcribere debeat, eamque partem proprio lino, propriaq; cerâ conſignare, & in priore parte teſtamenti cavere, ne inferiores tabulæ vivo filio adhuc impubere aperiantur.*

§. XXIV. Hic opus eſt, ut diverſa tempora diſtinguamus, ſi modum occulte teſtandi diſtincte concipere velimus. Aliter enim id factum prioribus temporibus, ubi tabulis ceratis frequenter adhuc utebantur Romani, quorſum reſpicit edictum Claudianum, de quo Svetonium & Paulum *in §. præced.* exhibuimus. Illis temporibus breviſſimæ inſtituendi, ſubſtituendi, & legandi, ac fidei committendi formulæ erant in uſu. Ergo in prima cera primi heredes ſcribebantur, ut in illo Horatii 2. *ſat. 4.* *Quid prima ſecundo cera velit verſu, ſolus multisve coheres &c.* In ſecunda cera ſubſtituti heredes ſuum habebant locum. In tertia, quæ & ultima, extrema, ima tabula vel cera dicebatur, legata vel fidei commiſſa. *Vide Alex. ab Alex. Gen. dier. lib. 1. c. 1. ibique notas variorum.* Proinde teſtator in prima cera nomen ſuum ponebant primo verſu, ſecundo, & ſequentibus verſiculis nomina heredum. In ſecunda cera ſimiliter nomen ſuum primo verſu, deinde ſubſtitutos heredes. Sed Claudius juſſit, ad falſa prævenienda, ut teſtator, antequam teſtes ſignarent, ſuum nomen duntaxat in

utra-

utraque cera ſive tabula pingerit, nihil præterea, vacuasque obſignaturis teſtibus oſtenderet, ſequentes tabulas ceratas implebat legatis aliisque voluntatibus ſuis. Poſt omnia teſtes ſubſcripſiſſe notat Huberus *ad Pand. tit. Teſtam. quemadm. aper.* Nam ſine ſubſcriptione ſigna nihil valuiſſe *l.* 22. §. 4. *qui teſtam. facere p ff.* Ego vix putarem, ſubſcriptionem teſtium, qua ex conſtitutionibus principum veniunt, §. 3. *Inſtit. de teſtam. ordin.* illo tempore, de quo Svetonius & Paulus loqvuntur, fuiſſe jam in uſu. Ergo ſaltem tum oſtendebatur teſtibus teſtamentum cum nomine teſtatoris, ut viderent, cujus teſtamentum ſignarent, ne falſum committeretur. Tum Teſtator, aut is, cui fideret, heredum nomina, tam primorum, quam ſubſtitutorum in primam ſecundamque ceram conferebat, antequam tamen clauderetur teſtamentum, & ſignis teſtium firmaretur, ne quis putet, liberum fuiſſe teſtatori quovis tempore nomina heredum ſupplere, quod unitati contextus obſtiſſet. Neque aliter fieri poterat, cum in teſtamento obſignato ſine læſione ſigillorum nihil inſerere poſſet teſtator. Nam circumſtantiæ omnes id ſvadent, quod ex edicto illo ſive Claudii ſive Neronis, ſi tabulæ teſtamenti in ſumma marginis ad mediam partem perforatæ, aclinum ter per illa foramina trajectum fuiſſet, teſtes ſupra linum illud ſignacula ſua in ceram lino ſuperimpoſitam poſuerint. Et recte Huberus notat d. l. Prætorem poſtea poſt mortem teſtatoris linum illud triplex in aperiendo incidiſſe, quo inciſo legi & deſcribi potuerit teſtamentum ſalvis ſignis, ut deinde rurſus obſignatum ad teſtes, qui ſigna ſua recognoſcerent, mitteretur *l.* 1. § *pen. de B. P. ſecundum tabb l.* 7. *ff.* & *l.* 2. *C. teſtam. quemadm. aper.* Alia vero jam ratio videtur fuiſſe ſub temporibus Theodoſii & Juſtiniani. Patet enim ex iis quæ §. *preced* ex *d. l.* 21. *C. de teſtamentis* & *d.* §. 3. *inſtit. de pupill. ſubſtit.* excerpſimus, quod de alio modo teſtandi loquantur, quam ubi teſtator tabulas ceratas adhibuit, & ſo-

lo

Digitized by Google

lo nomine ſuo oſtenſo poſtea ante ſigna teſtium heredes primos & ſecundos inſciis teſtibus inſcripſit, quod non amplius lini trajecti per foramina & ſigillorum a teſtibus ſuperimpoſitorum faciant mentionem , quod loquantur de tempore, ubi jam ſubſcripto teſtium ex conſtitutionibus Principum requirebatur, quod formulæ a teſtatore in inſtituendo,& teſtibus in ſubſcribendo adhibitæ non ſecundum brevitatem antiquam fuerint conceptæ , ſed ſecundum morem illorum temporum longæ præfationes & ambages utrobique fuerint adhibitæ, & quod convenientius ad iſta tempora poſteriora , non ad tempora Claudii vel Neronis applicari poſſit formula illa prolixior , quam ex Durando excerpſit , & poſtea adverſus Salmaſium vindicare voluit Deſiderius Heraldus *animadv. in Salmaſ. obſerv. ad jus Attic.& Rom. lib.1.c.1.§.20.& lib.7.cap.8.per integrum.* Perſvadebit hanc conjecturam maxime, ſi quis vel ex §. 1. 2. 3. *Inſt. de teſtam. ordin.* obſervet, quanta cura ipſe Tribonianus diſtingvat diverſos teſtandi modos , diverſis temporibus diverſimode adhibitos. Perquam eſt veroſimile, Theodoſium & Juſtinianum loqui de tali teſtandi modo, ubi loco tabularium cerearum pergamenum vel charta ſint adhibita. *Confer. de variis Chartarum generibus Alex. ab Alex. lib.2.c.30.& ibi comment.* Et quamvis Juſtinianus in *d.* §.3. *de Pupill. inſtit.* lini & ceræ, item aperte tabularum faciat mentionem, tamen contextus oſtendit eum per tabulas intellexiſſe pergameneas & chartaceas, cum mentionem faciat primæ teſtamenti patris, & *inferiorum* tabularum, & inferioris partis, quod a modo illo tabularum cerearum tempore Neronis vel Claudii alienum eſt, ubi *ima* cera non denotabat imam partem unius tabulæ , ſed ultimam tabulam, ut jam ex Alex. *l.* 1. *cap.* 1. *& ejus comment.* obſervavimus.

§. XXV. Hanc temporum diſtinctionem ſi obſervaſſent Salmaſius & Heraldus, potuiſſent multis convitiis mutuis

tuis & contortis legum expoſitionibus abſtinere, quas facile notare poterit, qui ductum eorum, quæ §. præcedente diximus, ſequi velit. Cum ergo jam aliquoties ejus litigii mentionem injecerimus, rem paucis narrabimus, judicio noſtro ſubjuncto. Dixerat Salmaſius *de modo uſurarum cap.* 11. obſignationem teſtamentorum & contractuum apud Romanos uſitatam, quomodo facta fuerit, pleroſque etiam juris antiqui peritiſſimos ignoraſſe, maxime Hottomannum *p.* 434. 435. (oſtendit poſtea Heraldus *adnimadv. lib.* 7. *cap.* 2. ex Salmaſii ſpecimine confut. etiam eum reſpexiſſe ad Cujacium, Dion. Gothofredum & alios, atque id voluiſſe, ſignare & obſignare tabulas nihil aliud eſſe, quam lino colligare & ſigilla ſupra linum imprimere,) multa etiam ſcriptorum loca corrupta eſſe & emendanda, in quibus *ſignationis* mentio fiat, pro *ſubſignationis*, cum hæc duo ſint diſtincta, ſubſignare enim denotare ſubſcribere. *pag.* 436. Sic *in l. penult. Pauli ff. qui teſtam. facere poſſunt*, ubi dicitur, *ſingulos teſtes, qui in teſtamento adhibentur proprio chirographo annotare debere, quis & cujus teſtamentum ſignaverit*, pro *ſignaverit* legendum eſſe *ſubſignaverit*, uti & Baſilica intellexerint, qui id verbum reddiderint ὑπέγραψε. Teſtes enim tum, cum ſubſcriberent, dicere non potuiſſe, quod obſignaverint, ut quod nondum erat factum, nec in ea parte tabularum fieri ſolebat, & ita ſcripſiſſent falſum *pag.* 437. 441. Item apud Suetonium (in loco §. 23.) adducto,) ubi dicitur, *quod vacuæ ceræ debeant ſignaturis oſtendi*, pro ſignaturis etiam legendum eſſe *ſubſignaturis p.* 442. Notat poſtea: Tabulas ſignatas non potuiſſe commode aperiri, niſi lino inciſo, cum refracto lino cera ſigni etiam diſrupta ſit, aut turbata *pag.* 451. Duplicem enim ceram fuiſſe in tabulis antiquorum, unam ipſas tabulas cereas, alteram, quæ lino fuerit ſuperimpoſita, in qua ſignum impreſſum. Et adeo in his tabulis, quæ circumducto lino ſignatæ fuerint, linum fuiſſe incidendum, unde teſtamentum inciſum

di-

dicatur *l. 3. de his quæ in teſtam. p. 452.* Fuiſſe autem regulariter tabulas teſtamenti in judicio prius oſtenſas teſtibus, priusquam reſerarentur, tradente Paulo *l.* 4 *ſentent. tit. 6. pag.* 453. Tum pergit ad *d. l.* Svetonii, de perforandis tabulis,& ad *d. l.* Pauli quem etiam ſupra *d.* §. 23. adduximus, & vult ibi pro *impoſitum ſupra linum*, legendum eſſe: *impoſitæ ſupra linum*,& pro: *ut exteriores ſcripturæ fidem interiori ſervent*, legi debere, *ut exterior cera fidem interiori ſervet. pag.* 454. Porro ait, ſignare olim fuiſſe claudere, cum reſignare denotet aperire *pag.* 455. Apud Suetonium vero in *dict. loc.* à teſtatore primam & ſecundam ceram vacuam oſtenſam eſſe teſtibus in interioribus ceris *ſubſignaturis* ſeu *ſubſcripturus* poſt ſubſcriptionem vero inſeruiſſe teſtatorem nomina heredum. Ergo ibi pro *ſignaturis* legendum *ſubſignaturis* vel *ſignatoribus p.* 458. 459. 460. Poſtea ad eundem modum explicare vult §. 3. *Inſt. de pupill. ſubſtit.* quem & ipſum §. 23. adduximus. Ad intelligendum ejus caſum ait, tabulas teſtamenti conſtare quatuor tabellis. Duas primas tabellas, ſive ceras, quæ nomina primorum heredum continebant, pro priore parte teſtamenti, vel, quod idem eſt, pro ſuperioribus partibus fuiſſe habitas, reliquas duas pro inferioribus, in quibus ſubſtitutio pupillaris ſcribatur, *p.* 460. Prout erat futurum teſtamentum, ita plurimum aut pauciorum tabellarum ſumtos fuiſſe codices. Eam partem codicis, quæ pupillarem ſubſtitutionem continebat, inferiorem, ut partem, quæ heredes primos habuerit, ſuperiorem dictam fuiſſe. Et hoc ex uſu loquendi obtinuiſſe. Nam in ſcribendo, quæ præceſſiſſent, ſupra ſcripta eſſe dixiſſe, quæ ſecutura erant, infra ſe ſcripturos. Hanc locutionem videri manaſſe ex forma libellorum ſive voluminum ex charta Ægyptia, quæ ante membranas repertas in uſu fuerint. In his enim ſuperiorem partem eandem cum prima, infimam cum poſteriore. Ergo & in tabulis ceratis ad hoc exemplum primas tabellas codicis ſuperiores habitas & poſtremas inferiores, *p.* 461.

p. 461. Porro ut exponat, quomodo in *d.* §. 3. pupillaris ſubſtitutio proprio lino, propriaque cera conſignanda ſit, ait, duas tabulas ad minimum iſti pupillari ſubſtitutioni, quæ ſeorſim ſigillata maneret, vacare debuiſſe. Has autem ſic lino privo conſtringendas & cera propria obſignandas fuiſſe, ut intelligamus, tabulas illas non in media parte marginis, qua longior eſt, ſed in ea qua latior, pertuſas neceſſario fuiſſe. Tabulas enim illas oblongas, & minus in longitudine, quam in latitudine habuiſſe. Si vero in ea parte, quæ longiores ſunt obligatæ & ſignatæ fuiſſent, non ſeorſim partem tabularum lino proprio ligari potuiſſe, dum altera ſoluta permaneret: Atque ita plane exponenda verba Pauli (in loco ſupra §. deſcripto) ubi recenſet, cautum fuiſſe, ut tabulæ *in ſumma margine* (ſic enim legendum eſſe ait Salmaſius pro *ſumma marginis*) ad mediam partem perforatæ triplici lino conſtringerentur. Quamvis & ſumma margo etiam poſſit accipi de ima & extrema margine. Nihil autem intereſſe, quæ margo perforata fuerit, ſumma an ima, dum conſtet non mediam fuiſſe pertuſam. *p.* 462.

§. XXVI. Jam quid ad iſta Heraldus? *Is lib.* 1. *animadv. in Salmas. obſervat. ad Jus Att. & Rom. c.* 1. notat Salmaſium, quod JCtos dixerit ignoraſſe, quid ſit ſignare teſtamentum, eosque confundiſſe ſignationem & ſubſignationem (§. 12. *d. c.* 1. *f.* 6.) cum potius Salmaſius inepte diſtinctione illa nimis ſcrupuloſe adhibita correxerit multa antiquorum loca, & præprimis locum Svetonii, in quo non poſſit intelligi, quod juſſerit Salmaſius pro *ſignaturis* legendum *ſubſignaturis*, quaſi teſtator debuiſſet duas priores tabulas vacuas ſubſcripturis oſtendere, cum tamen tempore Neronis, ad quod etiam reſpiciat Paulus, ſubſcriptio nondum in uſu fuerat, demum poſt conſtitutionibus Principum introducta. (§. 17. 18. *f.* 7.) Salmaſio originem errandi fuiſſe, quod non viderit, quomodo fieri poſſet, ut qui ſignaverint teſtamentum, poſſent in ſubſcribendo (cum

jam ſubſcriptiones neceſſariæ eſſent,) dicere, ſe ſignaſſe, uti in quibusdam locis appareat, ita fuiſſet ſcriptum. Unde ea loca omnia corrumpere tentaverit Salmaſius & pro ſignare ſubſtituerit ſubſignare (§. 18. *f.* 8.) Debuiſſe ſcire, Salmaſium, ſubſignandi eſſe obſoletum & vetus juris Pontificii verbum, ut vel ex *l.* 39. *de V. S.* apparet: debuiſſe ſcire, eo ævo, quo teſtamenta ſubſcribebantur, ea prius obſignata, deinde ſubſcripta fuiſſe, quem ordinem diſcere potuerit ex *l. Theodoſii. Hac conſultiſſima C. de teſtamentis verbis: ſimul offerre ſignandum & ſcribendum.* (§. 19. *d. f.* 8.) Formam illam luculenter exponere Durandum in Speculo. Nimirum eum, qui velit, voluntatem ſuam eſſe ſecretam, curare debere, ut ſcribatur in *membrana* bona & ſolida, in cujus parte ſuperiore relinquatur ſpatium trium vel quatuor digitorum, in dextro vero latere & ſiniſtro tantundem ſpatii, in parte vero inferiore ſuperſit ſpatium vacuum tantum, quantum palmus, ſive palma digitis extenſis protenditur, vel circa. In medio autem horum ſpatiorum ſcribatur tenor & ſeries teſtamenti, quo facto plicari chartam ipſam, ita quod ſpatium ſuperius conjungatur cum inferiori parte, & figantur ibi tres chordulæ: in plicatura vero dextri ſpatii duæ, & ſiniſtri aliæ duæ; ſic ut quælibet chordula duo habeat foramina inferiorem literaturam non lædentia vel attingentia, ita quod inferior literatura videri vel legi non poſſit. Porro de magno illo ſpatio inferiori vacuo tantum debere diſco opertum relinqui, quod ibi poſſint patenter & aperte ſcribi ſubſcriptiones teſtatoris & teſtium, &c. Teſtatorem in ſubſcriptione ſua mentionem facere inter alia debere, quod obtulerit teſtibus ultimam voluntatem ſuam ab eis ſecundum ordinem juris *ſignandam & ſubſcribendam.* Teſtes vero in ſubſcriptione inter alia teſtari, ſe teſtamentum iſtius teſtatoris *ſubſcripſiſſe & ſubſignaſſe.* (§. 20. *d. f.* 8.) *Jam vides, Salmaſi*, ita concludit Heraldus §. 21. *f.* 9. *quid ſit ſignare teſtamentum, quomodo ſignatum fuerit, & poſtea ſubſcriptum,*

quod

Digitized by Google

quod capere non poteras, & ideo leges & aliæ veterum ſcriptorum loca depravabas; Formulam ſubſcriptionis teſtium ex ingenio neſcio quam fingebas: Eam, quæ propoſita eſt a Doctoro tuo, rejiciebas, etſi vera ſit, & juri conſentanea, ſi pro obſignavi dixeris ſignavi. Obſignare, ſi proprie & accurate loqui volumus, aliud eſt quam ſignare. Cum trajecto lino ſigna omnia appoſita ſunt, tunc clauſum & obſignatum eſt teſtamentum. Quare teſtis unus ſignat, non obſignat. Nihilominus ſignatum quandoq; idem eſt, quod obſignatum, uſu ita volente, & minus accurate locuti ſunt, obſignare dixerunt pro ſignare. Nihil igitur mutandum in Svetonii loco; nihil in l. penult ff. qui teſtam. facere poſſ. Poſtea in *lib. 7. cap. 1. & ſeqq.* ubi reaſſumſit hanc controverſiam, *capite quidem* 2. id agit, ut oſtendat, Salmaſium inſaniiſſe, dum aſſeruit, JCtos ignoraſſe quid ſit teſtamentum ſignare, eumque ipſum mire in determinatione modi ſignandi variaſſe, quamvis ibi non tam modum ſignandi Salmaſianum, quod fuerit, ſupra linum, poſtquam eo tabulæ obligatæ erant, ſigilla imprimere, refutet, quam jactet, quamvis obſcure, iſtum modum ab aliis JCtis non fuiſſe ignoratum. Tum *cap. 3. 4. 5. 6.* intendit late contra Salmaſium ſententiam illam defendere, quod teſtes prius ſignaverint teſtamentum, tum ſubſcripſerint. Summa eo redit: In teſtamento per ſcripturam celebrato, occultandæ voluntatis cauſa, teſtis prius ſignaſſe, poſtea ſubſcripſiſſe, argumento *d. l. 21. C. de teſtamentis.* Aliam rationem fuiſſe teſtamenti nuncupativi, & cum adeo cæci teſtamentum in *l. 8. C. qui teſtam. facere poſſunt,* ſi revera nuncupativum, non mirandum eſſe, quod ibi (quod Salmaſius ipſi objecerat,) mentio fiat, *teſtamenti, teſtium manu ſubſcripti, de hinc conſignati.* Capite 8. defendere allaborat, Durandi formulam teſtamenti ſecreti eſſe ad mores & ritus Romanos accommodatam, quod facit conferendo eam cum *d. l. 21. C. de teſtam.* & oſtendendo fere ſingula legis verba in illa formula fuiſſe adhibita.

§. XXVII. Si fatendum, quod res eſt, & Salmaſius & Heral-

Digitized by Google

Heraldus ſubinde hallucinari ſunt. Nec aliter fieri potuit, dum ira & invidia actus uterque proprii intellectus perſpicaciam corruperint. Paucis ergo operam dabimus, ut & amore & odio vacui noſtram ſententiam pauciſſimis addamus. Recte Salmaſius modum teſtamentorum ſignandorum, qui fuit tempore Neronis, ubi tabulis cereis utebantur, videtur determinaſſe. Valde veroſimiliter etiam dixit, JCtos alios id ignoraſſe, qui æque ut Heraldus mentis oculos videntur attentos habuiſſe ad teſtamenta membranacea aut Chartacea, unde & in formula Durandi expreſſe fit mentio membranæ. Ratio differentiæ potiſſimum in eo eſt, quod teſtamenta, quæ fiunt in ceris, non poſſint ſecundum edictum Neronis antea ſignari & poſtea ſubſcribi, quod tamen fieri poteſt in ſigillis, quæ chordulis teſtamenti membranacei appenduntur. Sed propterea non opus habuit Salmaſius tanta cura diſtinctionem inter ſubſignationem & ſignationem, (in ſe quidem bonam:) inculcare, & pro lubitu ſuo tot veterum & recentiorum loca emendare. De *l. penult. qui teſtam. facere poſſunt* litem non movebimus, cum Baſilica ei in emendatione præiverint, quamvis & vulgaris lectio retineri poſſit. Ratio enim miſera eſt & vix condonanda, quæ ei occaſionem præbuit, tam crudeliter cum innoxiis Autorum verbis procedendi, aut impoſſibilitatem ſibi imaginandi, teſtes tum cum ſubſcriberent, dicere non potuiſſe, quod obſignaverint, quia in nondum erat factum, nec in ea parte tabularum fieri ſit ſolitum, atque ita ſcripsiſſent falſum. Quaſi vero in teſtamentis, etſi phyſice multa gerantur prius & poſterius, morali tamen æſtimatione ob unitatem contextus non omnia cenſeantur eſſe ſimul geſta. Quaſi teſtes ea formula non potuiſſent reſpicere ordinem teſtamenti aperiendi, ubi prius ab eis quibus aperiuntur, vel qui aperiunt, cognoſcantur ſigilla, tum interius adſpiciuntur ſubſcriptiones, quæ fidem faciunt de ſignatione & eam confirmant.

Quaſi

Quaſi in formula in multis juris negotiis uſitatiſſima: Uhrkündlich habe ich dieſes eigenhändig unterſchrieben und beſiegelt, aut ſcribens falſum committat, aut prius ſignet antequam iſti ſcribat. Hoc abſurdo vero ſemel admiſſo inſignem commiſit errorem hiſtoricum, dum in Edicto Neronis vult legi *ſubſignaturis*, & quod priores tabulæ vacuæ ſint oſtenſæ ſubſignaturis, cum tamen, ut recte monuit Heraldus, ſubſcriptiones ibi nondum fuerint in uſu. Tum enim SCto aut oratione fiebant Edicta Principum. Conſtitutiones, quibus ſubſcriptiones introductæ, demum, ni fallor, poſt tempora Hadriani aut circiter, in uſu eſſe cœperunt.

§. XXVIII. Iſta ſi obſervaſſet Heraldus, facili negotio & absque conviciis poterat errorem Salmaſii notare. Nunc affectu abreptus cum Salmaſio certaſſe videtur de præmio aut licentia errandi. Non poterat non Salmaſio bilem movere, dum modum ſignandi ex edicto Neronis, quorſum etiam Pauli locus ſupra addictus reſpexit, voluit illuſtrare ex formula Durandi, aperte teſtamenti membranacei mentionem facientis, cujus, ut diximus ingens à tabulis teſtamenti cereis differentia eſt. Et affectaſſe videtur Heraldus ſtuporem, dum ei Salmaſius objicit, formulam illam non eſſe ad mores & ritus Romanos (ſcil. tempore Neronis) quod contrarium oſtendere velit ex convenientia Durandi cum *l. 21. C. de teſtam.* Quaſi & illa lex non agat jam de teſtamento chartaceo. Similis & JCto vix condonandus error eſt, dum Heraldus Salmaſio condonavit errorem, quaſi teſtes non potuiſſent ſine falſo ſcribere ſe ſignaſſe, niſi jam ante ſignaverint, eumque & ipſe aſſumit, atque, ut ſe ab objectione Salmaſii liberet, novum quid & hactenus inauditum comminiſcitur, quaſi teſtes ante ſignaverint teſtamenta, quam ſubſcripſerint. Quod uti in teſtamento ſecundum edictum Neronis confecto eſt impoſſibile, ita quod id in teſtamento membranaceo factum

fuerit

ſuerit, fundamentum Heraldi eſt valde lubricum. Eadem enim lex 21. *C. de teſtamentis*, quæ modo vult teſtatorem offerre debere teſtibus teſtamentum *ſignandum* & *ſubſcribendum*, mox ordine inverſo facit mentionem & trina quidem vice, teſtium *ſubſcribentium* & *conſignantium*. Iſta vero Heraldi diſtinctio inter teſtamentum occultum, idque ſcriptum, & nuncupativum, ad hunc quidem uſum eſt cavillatoria. Quæſo enim, quid in teſtamento ſcripto ad occultationem confert, utrum teſtes prius ſignent, an ſubſcribant? Quod ſi nihil confert, quæ ratio cur in ſcripto prius ſignare, in nuncupativo prius ſubſcribere debeant. Sed ita diſtinguimus, & diſtinguendo veritatem non elicimus ſed craſſiſſimos tegimus errores, quoties affectus corrumpit intellectum.

§. XXIX. Illum vero errorem Salmaſii non notavit Heraldus, quod is §. 3. *Inſt. de pupill. ſubſtit.* expoſuerit ad mentem Edicti Neronis, cum tamen ſupra §. 24. jam notaverimus, eum loqui pariter de teſtamento chartaceo. Eo non obſervato quam ſe torquet Salmaſius, ut modum explicet, quomodo ſecundum monitum Imperatoris infimæ partes teſtamenti ſeparatim ſubſignari debeant. Primo fingit qvatuor tabulas. Dein fingit aliquid cur pars pupillarem ſubſtitutionem continens vocata ſit inferior pars tabularum. Ac quam vis charta Ægyptia & membrana ei in mentem venerit, non venit tamen in mentem, quod Juſtinianus de tali chartaceo teſtamento loquatur, ſed potius quod ex teſtamento chartaceo modus loquendi ſit translatus ad tabulas cereas. (Quis credat?) Denique dum ipſum modum peculiariter obſignandi pupillarem ſubſtitutionem deſcribere vult, neſcio an ſeipſum intellexerit, ita obſcura ſunt & obſcuriora re, quam explicare vult, quæ de tabulis oblongis, de ſumma margine modo imæ oppoſita modo imam denotante, profert, ut taceam ea etiam utcunque intellecta nihil omnino ad mentem Juſtiniani facere.

§. XXX.

§. XXX. Jam in viam. Dabant multitudo heredipetarum eorumque artes anſam, ut legibus pariter & ſtudio privato teſtamenta ſua occultarent cives Romani, nec ſine ratione, cum nihil frequentius, quam ut heredipetæ, ſi ſcirent ſe heredes inſtitutos, vel teſtatores alia teſtamenta facere prohiberent, unde integri *tituli in ff. & C. ſi quis aliquem teſtari prohib. vel coeg.* vel inſidias vitæ ſtruerent, quod crimen apud Italos frequentiſſimum fuit. Hinc non ſolum apud Romanos paciſci de hereditatte alterius prohibitum erat, ſed & ejus delicti ſatis dilucide mentionem facit *d. §. 3. Inſt. de pup. ſubſtit.* & cum de iis quæ ſemel aut bis fiunt, leges fieri non ſoleant *l. 4. ff. d. LL.* tot leges apud Romanos de teſtamentis latæ docent, quantæ fuerit inſidiæ captatorum. Neque ſufficiebat cura illa occultationis in conficiendo teſtamento adhibita, ſed & opera danda erat, ut poſt confectionem artes fraudulentæ heredipetarum effugerentur. Unde etiam teſtamenta præſertim virorum Illuſtrium, & Pontificum Maximorum majoris ſecuritatis gratia apud Virgines Veſtales olim deponi ſolebant, quod de Julio Cæſare & Auguſto referunt *Sueton. lib. 1. c. 83. & lib. 2. cap. 101. Tacit. lib. 1. Ann.* Cum enim hæ Virgines pro cuſtodiendo igne excubarent per vices, & ſi quæ oppreſſa eſſet ſomno, vel alias negligenter advertendo ignem extinxerat, flagris cæderetur a Pontifice Maximo, *Valer. Max. l. 1. cap. 7.* apud neminem teſtamenta ſecurius deponi poſſe videbantur. Pertinet huc quod Ulpianus dicit *l. 3. §. 3. ff. de Tabb. exhib. Si cuſtodiam Tabularum æditum ſuſcepit, dicendum eſt, teneri cum interdicto.* Nam & hoc oſtendit, teſtamenta in æde ſacra deponi ſolita. Adhibebatur nova cautio ad evitanda falſa captatorum, ut non liceret cuivis aperire teſtamentum, ne poſt mortem quidem teſtatoris, ne heredi quidem, ſed ſolenniter id fieri debebat & coram magiſtratu, uti patet ex toto *tit. ff & Cod. teſtam. quemadm. aperiantur L. 18. C. de teſtamentis, quæ eſt l. 4. Cod. Theod. eod. tit. lib. 4. tit* 4.

F ex

ex quo patet, in corpore Juſtinianeo *d. l.* 18. pro *reſerventur* legendum eſſe *referentur* & vocem *loco* abundare ac parum eſſe ad mentem legislatorum; Requirebatur vero officium magiſtratus, etiam in hoc, ut cognoſceret, utrum ex lege teſtamenta condita & ſignata ſint, an vero vitium viſibile adeſſet; (quorſum reſpicit Paulus *d. l.* 5. *Sentent. tit.* 25. §. 5. *Aliter tabulæ prolatæ nihil momenti habent:*) partem ut dixi, ne in aperiendo mortui teſtamento falſum committeretur, nam vivi teſtamentum ne quidem citra pœnam aperire licitum erat. Idem Paulus *d. l.* § 6. *Qui vivi teſtamentum aperuerit, recitaverit, reſignaverit, pæna legis Corneliæ tenetur: & plerumq; aut humiliores in metallum damnantur, aut honeſtiores in inſulam deportantur, quod* in Pandectis retulit Tribonianus *l.* 38. §. 7. *ff. de pænis.* Idem aſſerit Marcianus *l.* 1. §. 5. *ad l. Corn. de falſis.* Refert Svetonius *in Auguſto c.* 17. *Auſtum, quo magis degeneraſſe Antonium à civili more approbaret, teſtamentum quod is Romæ etiam de Cleopatræ liberis inter heredes nuncupatis reliquerat, aperiendum, recitandumq; pro concione curaſſe.* Plurimi vero in Senatu, ubi recitatio illa fiebat, id moleſte tulerunt. Indignum enim videbatur & grave, ut quis rationem redderet de illius vivus, quæ poſt mortem ſuam vellet fieri, referente Plutarcho *in Antonio.* Dio id Auguſti factum injuſtiſſimum vocat *lib.* 50. Poterat ergo apertura teſtamenti ejus, qui viveret, variis de cauſis fieri, ex curioſitate intempeſtiva, animo injuriandi, aut damnum dandi heredibus inſtitutis etiam citra lucrum proprium aperientis. Sed cum lege Cornelia de falſis tanta & tam gravi quidem pæna in aperientes teſtamento aliena fuerit animadverſum, apparet, cauſam impulſivam legis ferendæ fuiſſe falſificationes teſtamentorum per illam aperturam a captatoribus, aut in favorem eorum factum, vel ut adſcriberetur heres qui heres non erat, & tabulæ apertæ iterum artificioſe clauderentur, vel ut ruptis ita teſtamenti tabulis heredes inſtituti hereditate privarentur, captantibus forte hereditatem iis, quia ab inteſtato veniunt.

§. XXXI.

§. XXXI. Non tamen gratis, illi qui injuriæ aut damni dandi animo tabulas apperirent. Ulpianus *pr. 41. pr. ad L. Aquil. Si quis tabulis teſtamenti apud ſe depoſitas deleverit, vel pluribus præſentibus legerit, utilius eſt, in factum & injuriarum agi; ſi injuriæ faciendæ cauſa ſecreta judiciorum publicavit.* Et *in l. 1. §. 38. depoſ. Si quis tabulas teſtamenti apud ſe depoſitas pluribus præſentibus legit, ait Labeo, depoſiti actione recte de tabulis agi poſſe. Ergo arbitror, & injuriarum agi poſſe, ſi hoc animo recitatum teſtamentum eſt quibusdam præſentibus, ut judicia ſecreta ejus qui teſtatus eſt, divulgarentur.* Non diſtinxit Ulpianus utrum vivi utrum mortui teſtamentum ita contumeliæ cauſa fuerit apertum. Ergo haud dubie & in priori caſu præter judicium publicum ex lege Cornelia de falſis actio privata de injuriis locum habebit. Cæterum quæ de divulgatione judiciorum ſecretorum contumeliæ cauſa Ulpianus memorat, Dionyſius Gottofredus ad *d. l. 41. ad L. Aquil* de eo caſu intelligit, ſi quis ea intentione publicaverit teſtamentum, ut contumelia afficiatur defunctus, forte quod vitæ tempore pro divite fuerit habitus, ex teſtamento vero appareat eum fuiſſe pauperem. Quam in rem adducit *l. 2. C. de alimentis pupillo præſtandis* ubi dicitur, *quod interdum neceſſe ſit, ut tutor arbitrio ſuo alat pupillos, ne ſecreta patrimonii & ſuſpectum æs alienum pandatur, quod melius ſi interim taceri, quam cum de modo bonorum quæritur, ultro proferri & apud acta jus dicentis contra utilitatem pupillorum deſignari.* Ego vero vereor, iſtam Ulpiani mentem fuiſſe. Neque enim *d. l. 2.* de publicatione teſtamenti agit, ſed de profeſſione bonorum defuncti à Tutore coram Prætore facienda ut inde alimenta pupillo decernantur, neque moris erat, ut in teſtamento teſtatores bona ſua aut debita enumerarent. Ergo potius Ulpianus per judicia ſecreta videtur id intelligere, cum Teſtatores, ut ſupra §. 19. indicavimus, libere, & forte in contumeliam aliorum judicia ſua poſuerint. Quo

pertinet *l.* 3. *C. quemadm. teſtamenta aper.* in qua Imperatores Dioclet. & Maxim. volunt, *ne pars, quam aperiri defunctus vetuit, neque id, quod ad ignominiam alicujus pertinere dicatur, inſpiciendum aut deſcribendum detur.* Eadem lex non vult *diem & conſulem* inſpiciendum aut deſcribendum dare *iccirco ne quid falſi fiat*, ut Ulpianus tradit *l.* 2. *§. ff. eod. Namque etiam inſpectio materiam falſo fabricando inſtruere poteſt.* Et poterant ſcilicet heredipetæ, inſpecto die & conſule falſum teſtamentum poſterius efficere, atque haud dubie id facere ſolebant, alias lex cautelam hanc non adhibuiſſet. Infinitis etiam circumſpectionibus uti debere magiſtratum leges admonent. Nam *ſi dubitetur, utrum vivat an deceſſerit, is, cujus quis, quod ad cauſam teſtamenti pertinet, inſpici deſcribique poſtulat, dicendum eſt, prætorem cauſa cognita ſtatuere id debere, ut ſi liquerit eum vivere, non permittat inſpici tabulas, & ut ipſam ſcripturam quis inſpiciat, & ſigilla, & quid aliud ex tabulis velit ſpectare d. l.* 2. *ff. d. t.* §. 4. Quin & cautela, quam Juſtinianus *d.* §. 3. *inſt. de Pup. ſubſtit.* dedit de occultanda ſubſtitutione pupillari, jam diu ante in uſu fuit, docente eod. Ulpiano *l.* 8. *ff. d. t. pupillares tabulas, etiamſi non fuerit ſuperſcriptum, ne aperientur, attamen ſi ſeorſim eas teſtator ſignatas reliquerit, Prætorem eas aperiri niſi cauſa cognita non paſſurum.* Ex quo textu ſimul patet, modum antiquum occultandi tabulas pupillares olim cum tabulis cereis adhuc uterentur, plane diverſum fuiſſe a modo quem Juſtinianus ſuppeditat in tabulis membranaceis ut jam ſupra §. 29. adverſus Salmaſium obſervavimus. Hic enim ſeorſim ſignabantur tabulæ pupillares occultandæ non in inferiori parte chartæ, ut vult Juſtinianus.

§. XXXII. Sed jam conſidera quæſo, quam laboraverit aſtutia heredipetarum, ut prædictas & cautas legum diſpoſitiones novis fraudibus eluderent. Timebant irritare leges, vivorum teſtamenta contra voluntatem eorum artibus ſuis aperiendo: Timebant legis Corneliæ pœnam

& ſe-

& ſeveros judices. Cæterum cum ſubinde ab orbis deciperentur, occulte teſtamenta condentibus, & poſtea heredipetis illis perſuadere annitentibus; acſi eos aliqua ex parte heredes inſtituiſſent; cum tamen id non factum fuerit, magna cura incumbebant, modum aliquem invenire JCti iſti captatores & formulam, qua, ut antea in fraudem legis Cinciæ captationes invenerant, per dicta §. 24. jus illud ſuum fraudulenter & etiam cum crimine captandi, tot annis jure conſvetudinario acquiſitum ac præſcriptum, impune atque incolume in fraudem legum illarum conſervarent. Et ecce ſuccurrebat illis, quod leges prohiberent ſaltem, ne quis vivi inviti teſtamentum aperiret, ipſis teſtatoribus non erat prohibitum aperire, recitare, aut alio modo notam facere ultimam ſuam voluntatem. Ergo novo hamo opus erat, quo ineſcarentur teſtatores, ut occultatas tabulas publicarent, & ita certiores eſſent heredipetæ, ne deluderentur ab orbis ſimulata inſtitutione. Nihil vero commodius & ad naturam hominum convenientius ſuppeditare poterat aſtutia, quam ut iſtos quorum bona captabant, inſtituerent ſub illa conditione, *qua ex parte me Titius heredum ſcriptum in Tabulis ſuis recitaverit, ex ea parte heres eſto.* Sive enim avari eſſent captati, uti plerumque orbos illos Romanorum fuiſſe jam *in diſput. de jure injuſt. heredipet.* §. 5. prænotavimus, ſive voluptati aut ambitioni dediti, plerumque hamum illum deglutiebant. Ambitioſi quidem & molles, quia laudabile erat, ei qui benefaciendo publice quaſi provocaverat, affectionem iterum publice teſtari, & quia voluptuoſi jam ſua ſponte ad prodigalitatem erga eos, qui ipſis aliquid donant, proni ſunt; Avari vero, ut conditionem, ſub qua inſtituti eſſent, implerent. Etſi enim captans vir floridæ ætatis fuerit, etſi captati orbi ſenes eſſent, ſperabant tamen & ſenes, poſſe viros ætatis non provectæ ante ipſos mori, & ſolent inſuper avari in ſenectute magis avari fieri. Quodſi igitur captati voluntatem

catem captantium & conditionem illam adimpleviſſent, habebant hi, quod volebant, & nefariis ſuis artibus procurabant, ut hi captati ante ipſos morerentur, & ii ſic deſiderata hereditate fruerentur, quod ſecundum mores illos Romanorum haud dubie variis inſidiis vitæ ſtructis fiebat. Non ferenda erat hæc fraus legibus, utpote qua omnis cura a legibus adhibita, cives ſuos adverſus captatorum inſidias defendendi aperte & efficaciter eluderetur, ergo SCto cautum fuit, ut ejusmodi captatoriæ inſtitutiones infirmentur, quod erat demonſtratum. *vide ſupra* §. 18.

§. XXXIII. Demonſtratione vero hac peracta optima & evidens eſt connexio legum, quæ de prohibitis inſtitutionibus captatoriis agunt, nec ulla amplius difficultas remanet, quæ communem ſententiam tam Gloſſatorum quam noviorum premebat, quod omnium optime ex legum dictarum Periphraſi, aut exegeſi, quam jam dabimus, patebit. Sequemur autem ordinem, quo ſupra §. 3. eas poſuimus. Captatoriæ ſcripturæ, ais Cajus *l. 64. de legatis* 1. ſimili modo neque in hereditatibus neque in legatis valent. Locutum erat SCtum de inſtitutionibus heredum. Ut & illud eluderent captatores, clauſulam illam captatoriam in legatis adhibebant, v. g. Titio de lego ædes meas ſi oſtenderit, probaveritque, quanta ex parte me heredem ſcripſerit in teſtamento ſuo. Sed cum aperte hic fraus fieret SCto & ejus rationi, recte reſponderunt JCti *captatorias* ejusmodi *ſcripturas*, (quia *inſtitutiones* captatorias dicere non poterant) neque in legatis valere. Et quamvis militum in teſtando varia & ampla ſint privilegia captatorias *tamen* inſtitutiones etiam in militis teſtamento nullius eſſe momenti manifeſtum eſt, reſcribentibus ita Philippis Imperatoribus. *l. 11. Cod. de teſtam. milit.* quaſi nulla ſubſit dubitandi ratio, cum privilegia nemini data ſint, ut iis licentiam deliquendi venetur.

§. XXXIV.

§. XXXIV. Jam ad Papiniani *l. 70. de hered. inſtit.* cujus intuito interpretes occaſionem errandi ſumſerunt. Ita vero eam circumſcribo. Dum captatorias inſtitutiones SCto interdicebant Romani, non putandum eſt, ac ſi omnes captationes, aut ſaltem omnes captationes in teſtamentis & captationes, aut ſaltem omnes captationes in teſtamentis & captatorias inſtitutiones infirmas eſſe ac irritas voluerint. Nam non eas Senatus improbavit, quæ mutuis affectionibus judicia provocaverunt, v. g. qua ex parte me Titius heredem inſtituerit, ex ea parte heres eſto, aut Titius heres eſto, ſi me heredem inſtituet, ſed ſaltem tales inſtitutiones captatorias reprehendit ſenatus, quarum conditio illa formula, qua ex parte me Titius heredem ſcriptum oſtenderit vel ſimili, confertur in ſecretum alienæ voluntatis, ut ſcilicet alterius voluntas in teſtamento occulta manifeſtetur.

§. XXXV. Vides ego, Doctores communiter, qui omnem captatoriam inſtitutionem eſſe prohibitam cenſerent, in eo etiam fuiſſe deceptos, quod per inſtitutiones, *quæ mutuis affectionibus judicia provocarent* intelligerent tales inſtitutiones, in quibus nulla eſſet captatio, acſi Papinianus dixerit; *captatorias quidem inſtitutiones prohibuit Senatus, ſed minime prohibuit eas quæ captatoriæ non ſunt, ut quæ mutuis affectionibus judicia provocant,* tum tamen ſit trajectio verborum, & Papinianus dixerit; *Captatorias non eas* abſque commate, pro: *non eas captatorias.* Hinc etiam eſt, ut B. Brunnemanus in loco *ſupra* §. 14. deſcripto videatur eo inclinaſſe, ac ſi quidem extra teſtamentum proprium captatores potuerint blanditias adhibere, at in teſtamento ipſo captatio ſit interdicta, quod neceſſe etiam eſt, ut ſtatuant Dd. qui *d l. 70.* de omni captatoria inſtitutione exponunt, poſtquam *in differt. de injuſt. heredip. jure* probavimus ſatis, captationes extra teſtamenta captantium fuiſſe impunes & permiſſas. Quo ſuppoſito tamen ego rationem diverſitatis hujus, &

adeo

Digitized by Google

adeo ipſius SCti deſiderarem, quæ certe, quantum deprehendi, nec ab aliquo D. dato fuit, nec etiam commode dari potuit.

§ XXXVI. Quamvis vero non opus habeamus ulterius probare, per SCtum non omnes captatorias inſtitutiones fuiſſe prohibitas, ſed res ex antiquitate hiſtoriæ Romanæ jam ſatis ſit deducta, vel ex ipſis tamen legibus Romanis inſuper alia argumenta poterunt adduci, dicta confirmantia. Sic leges §. 4. recenſitæ id non loquuntur, ſed clamant. Annon enim aperta captatio eſt: *Titius & Sejus quanta quisq; eorum ex parte me heredem habuerit ſcriptum, heres mihi eſto?* Et tamen in *l. 29. ff. de hered. Inſtit.* Labeo iſtam inſtitutionem tanquam rite factam & ſubſiſtentem præſupponit. Neque expectamus, ut quis cavillator nobis objiciat, caſum illum pertinere ad tempus præteritum, & vocem *habuerit* captet, quæ præterito conjunctivi cum ejus futuro communis eſt. Oſtendit enim tota connexio legis illius, eſſe in illa voce æque ſignificationem futuri temporis, uti eſt in caſu captatoriarum inſtitutionum, ſi Titius *probaverit, oſtenderit, recitaverit,* &c. Eadem eſt ratio *l. 20. §. 1. de condit. inſtit.* ubi idem Labeo, inſtitutionem ejus, qui alterum inſtituerat, *ſi ſe heredem inſtituiſſet, aut quid ſibi legaſſet* tanquam legibus convenientem conſiderat, cum tamen hic æque captatio ſi aperta. Et quamvis *inſtituiſſem* ſit evidenter nota plusquamperfecti, facilis tamen eſt permutatio plusquamperfecti cum futuro, & integer legis contextus oſtendit, illud *ſi ſe inſtituiſſes*, reddendum eſſe; wenn du ihn würdeſt eingeſetzet haben. Ratio vero, cur hi caſus non ſint SCto adverſi, (ne quis forte urgeat, hos textus Labeonis eſſe, qui veroſimiliter ante SCti iſtius tempora vixerit, *conf. ſupra* §. 17.) non eſt difficilis, cum has inſtitutione teſtator non inquirat in ſecreta alienæ voluntatis, ſed ſufficiat, ſi heres inſtitutus poſt mortem demum captantis, ubi ulterius de ejus inſidiis nihil timendum habet,

aper-

apertis ſuis tabulis, vel alio modo probet, ſe captatorem illum inſtituiſſe.

§. XXXVII. Sed & ipſa phraſis in *d. l.* 70. *mutuis affectionibus judicia provocare*, oſtendere poterat, ſermonem ibi eſſe de captatoriis inſtitutionibus, iisque tamen a SCto non prohibitis, cum non infrequens fuerit iſta phraſis in doctrina de captatoribus. Sic enim & Diocletianus Imperator *in l. fin. C. ſi quis aliquem teſtari prohibuerit:* Judicium *uxoris poſtremum in ſe* provocare *maritali ſermone*, *non eſſe criminoſum. Confer. diſſert. de injuſto heredipet. jure §. 28.* Nec obſcura eſt captatione & captatoria inſtitutio, quando conjuges ſe mutuo inſtituunt in uno teſtamento, quale & a Theodoſio & Valentiniano refertur *in Novella Valentin.* 4. ubi *Leonius & Jucunda uxor ejus, tanta vicisſim*, ut loquitur Imperator, *charitate certarunt*, (Papinianus dixiſſet: *mutuis affectionibus judicia provocarunt*) *ut fuſis ſimul precibus jus poſcerent liberorum, & propter incertum ſortis humanæ ſuperſtitem conjugem precarentur heredem, quamvis in uniuschartæ volumine ſupremum votis paribus condidere judicium, ſeptem teſtium ſubſcriptionibus roboratum.* Sed decepit forte cum Alciato (de quo vide ſupra §. 10. *&* 11. *in fine*,) Doctores reliquos, quod Valentinianus ibi dicat, *quod nec captatorium dici poſſit, cum duorum fuerit ſimilis affectus, & ſimplex religio teſtamenta condentium*, adeoque iſtæ mutuæ inſtitutiones conjugum nequaquam ſint captatoriæ. Debuiſſent tamen cogitare, quod poſt SCtum captatoriæ inſtitutiones eminenter dictæ fuerint eæ, quæ à Senatu eſſent prohibitæ, adeoque vocem illam à Valentiniano hic in ſignificatu famoſiore eſſe uſurpatam, aut, ſi ita diſtinguere malis, in ſenſu magis Juridico quam Philoſophico.

§. XXXVIII. De *l.* 71. *ff. de hered. inſtit.* jam quædam anticipavimus, *ſupra* §. 13. quæ nunc, intellecta mente & ſententia SCti, facilius intelligentur. Illæ inſtitutiones, ait, captatoriæ non ſunt; Qua ex parte Titius me heredem inſtituit, ex ea parte Mævius hæres eſto, quia in

præ-

præteritum, non in futurum inſtitutio collata eſt, hoc eſt, ut ego intelligo, quoniam Titius jam mortuus erat, ejusque teſtamentum poſt mortem ejus apertum, & ſic conſtabat nec occultum erat, qua ex parte Titius teſtatorem heredem inſtituiſſet. At vero captatoria inſtitutio erat concepta de teſtamento alterius in futurum aperiendo. Sunt & illa jam ſatis perſpicua, quæ apud Paulum ſequuntur. Sed illud quæri poteſt, an idem ſervandum ſit, quod ſenatus cenſuit, etiamſi in aliam perſonam captionem direxerit, h.e. ſi loco alterius captaverit hereditatem, veluti ſi ita ſcripſerit. Titius, ſi Mævium tabulis teſtamenti ſui heredem a ſe ſcriptum oſtenderit, probaveritque, heres eſto: Hic enim haud dubie Titius, ſeu is, qui heres inſtituitur, captatur, at vero teſtator hic non pro ſe captat, ſed pro Mevio, qui eum ſubornavit, ut Titium ſub hac conditione inſtitueret, quo ipſo Mævius certior fieret, utrum & qua ex parte Titius ipſum inſtituiſſet. Quod in ſententiam SCti incidere non eſt dubium, cum hac ratione Mevius captator occaſionem nanciſcatur, inſidias Titio ſtruendi, ut hereditatem ejus nanciſcatur, &, ſi huic fraudi non occurriſſent Magiſtratus, vis & efficacia SCti inanis fuiſſet reddita, cum facile captator, præſertim dives, aut in dignitati conſtitutus, potuerit hominem invenire, loco ipſius Titium captantem.

§. XXXIX. Patet etiam ex dictis ſententia ejusdem Pauli in *l. 81. §. 1. eod.* Si ita ſcripſerit teſtator: quanta ex parte me a Titio heredem inſtitutum recitaſſem, ex ea parte Sempronius mihi heres eſto, querebatur vel quæri certe poterat annon hæc inſtitutio ſit contra SCtum de captatoriis inſtitutionibus, quia iſtud prohiberet ſimiles formulas; *Quanta ex parte me Titius heredem recitaverit &c.* Reſpondit Paulus: Non eſt captatoria inſtitutio, quia ratio SCti deficit, etſi verba formulæ videantur

caſui

caſui quæſtionis affinia, quia nulla plane in caſu iſto eſt captatio, nulla hamus alliciendi vel heredem vel alium ad pandenda ſecreta voluntatis ſuæ. Inde vero ſua ſponte ſequitur, quod plane nullo recitato teſtamento ab ipſo Teſtatore, inanis videbitur inſtitutio, non quaſi captatoria fuerit, & ob hanc cauſam ex SCto inanis, ſed remota ſuſpicione captatoriæ inſtitutionis, quia non conſtat, quanta ex parte Sempronius hæres eſſe debeat. Incerta vero voluntas nulla eſt *l. 2 ff. de his, quæ pro non ſcript. l. 4. l. 10. pr. l. 27. ff. de reb. dub.* & quia ejusmodi formulis, *quanta ex parte &c.* creditur in conditio *l. 2. ff. de hered. inſtit.* qua deficiente expirat etiam ipſa inſtitutio. Dixi in periphraſi de iſto caſu quæſitum eſſe Paulum, vel certe quæri potuiſſe. Neque enim iſta lex eſt ex Reſponſis Pauli, ſed ex libris Quæſtionum. Scilicet in expoſitione legum uti & adhuc moris eſt, ICti ſolebant multos caſus fingeri, nullo reſpectu habito, an ii revera in ipſis rerum argumentis obtinuerint, an minus, & utrum facile obvenirre poſint, an raro, imo per hypotheſin aliquando etiam impoſſibiles, unde & hodie formula Scholaſticis conſveta: *Fingamus per impoſſible*, & notum proverbium: *Exemplorum non requiritur veritas.* Jam ſi caſum iſtum paulo attentius conſideres, vix ac ne vix quidem veroſimile eſt ita ſtultum aliquem apud Romanos fuiſſe, ut eo modo alterum inſtituerit. Neque enim ſolitum erat, recitare teſtamenta aliena, nec in publicatione & apertura heredes recitabant, ſed Magiſtratus curabat recitari. Accedit quod in caſu illo ſupponatur, teſtatori fuiſſe notum, in qua parte ipſum Titius inſtituerit, eo videlicet jam mortuo & teſtamento ejus publicato, unde & aliis id notum erat, certe eſſe poterat. Cui ergo uſui foret illa *recitatio.* Non erat illa abſurditas in caſu §. *preced.* *Quanta ex parte me Titius heredem inſtituit,* &c. ibi enim inſtitutio pura erat, non conditionalis, ut hic, &

determinatio partis certa, quia & certum illud eſt, quod ad aliquod jam præſens ſe refert, ut vel exemplo ſententiarum judicium ad libellum ſe referentium notum eſt. Ergo habes exemplum eorum, quæ diximus *in fine* §. 21. Tribonianum voluiſſe etiam in ſuo corpore Juris referre Hiſtoriam ſtultitiæ Romanæ, eique inſerere caſus, quæ ſemel aut bis vel vix ſemel obtigerunt, contra proprium monitum *in l.* 3. 4. 5. 6. *de LL.* Ne quis latret, acſi Triboniano aut Sacratiſſimo Imperatori Juſtiniano, (qui tamen nunquam, Germanorum intuitu ſacratas fuit,) faciamus injuriam. Obſervamus etiam ex d. l. 81. *recitaſſem* ibi poni in plusquamperfecto pro futuro *recitavero*, ut etiam habeas exemplum eorum, quæ diximus *in* §. 36.

§. XL. Tandem & de lege Juliani videndum in *l.* 1. *ff. de his quæ pro non ſcriptis habentur.* Incepimus equidem ex illa lege in propoſitione ſententiæ noſtræ §. 18. *ſeqq.* formulam captatoriæ inſtitutionis enucleare. Reſtat tamen, ut de ſanctione SCti & quid circa captatorias inſtitutiones diſpoſuerit, ſecundum mentem Juliani diſſeramus. Si quis ſibi hereditatem vel legatum adſcripſerit quæritur, an hereditas vel legatum pro non ſcripto habeatur, an vero fiſcus ei ut indigno auferat, & quid ſi ſubſtitutum habeat ejusmodi inſtitutio, an ſubſtitutus ſuccedet? Reſpondit: Pars hereditatis de qua me conſuluiſti, ad ſubſtitutum pertinet & ſic hereditates illa pro non ſcripta habetur, ac idem eſſe cenſetur, acſi heres ille ſcriptus heres non eſſet, quia eſſe non poteſt. Nam Senatus, cum pœnas legis Corneliæ conſtitueret adverſus eum, qui ſibi hereditatem vel legatum ſcripſiſſet, eodem modo improbaſſe videtur, quo improbatæ ſunt illæ: Qua ex parte me Titius heredem ſcriptum in tabulis ſuis recitaverit, ex ea parte heres eſto,

ut

ut perinde haberentur, acſi inſertæ teſtamento non fuiſſent, & hoc eſt quod ſupra Gajus dicebat *l. 64. de leg. 1* inſtitutiones captatoris non valere, aut ut Imperatores loquebantur *l. 11. C. de teſtam. milit. nullius eſſe momenti.* Cur vero illud? & quomodo hac ratione coercita fuit captatorum malitia? Neque enim horum ſeria intentio erat, captatum inſtituere, ſed potius eum hereditate defraudare, & poſtquam ipſe teſtamentum ſuum recitaſſet, vel proprium teſtamentum mutare, vel alteri inſidias vitæ ſtruere. Annon ergo illa SCti annullatio captatoriarum inſtitutionem fuit ridicula? Annon fuit ita comparata, ac ſi quis cancrum morte affecturus fluvio immergat? Cur non potius captati inſtitutionem annullabant, captantis vero confirmabant? Hoc modo ſane captator punitus fuiſſet, ſi nihil ex captati hereditate accepiſſet, iſte vero captatoris hereditatem, ſi huic ſupervivere ipſi contigiſſet, lucratus eſſet. Nunc cum captatoria ſaltem inſtitutio annulletur, non captator punitur, ſed captatus, qui nihil deliquerat. Quid ergo dicemus? Mallem audire reſponſionem à Doctoribus, qui omnem inſtitutionem captatoriam putant in Legibus Romanis ex SCto eſſe prohibitam, nam & his æque illa obſtat objectio, & non video quomodo ex illa ſe poſſint expediri, uti nec memini, me legiſſe, quod vel dubium hoc ab illis aut motum, aut ſublatum fuerit. Mihi vero ex noſtra hypotheſi ita reſpondendum videtur. Captati nihil deliquerant, ut, ſi animo adimplendæ conditionis captatoriæ recitaſſent teſtamentum ſuum, inſtitutio ipſorum pro non ſcripta fuerit habita, & ſic voluntas ipſorum in pœnam irrita cenſeretur. Captatores ipſi non poterant graviter coerceri, quia delictum magis in animo atque occulto conſiſtebat, quam in actione externa, cum aperire ſuum teſtamentum, idque recitare non eſſet prohibitum, aut crimen, & quia, ut diximus, etiam ex curioſitate innoxia id poterat poſtulari, & in conditione poni.

 Quia

Quia tamen frequens erat iſtud occultum crimen, & naturæ humanæ gnari probe cognoſcerent, multas ſuſpiciones contra heredipetas ex inſtitutionibus ejusmodi frequentatis oriri, non poterant melius illud detrimentum, quod exinde in Rempublicam redundabat, coercere quam ſi inſtitutiones ejusmodi captatorias plane redderent irritas, ut captatores ſcilicet amplius in hoc hamo nullam ponerent fiduciam. Neque putandum eſt, quod hoc modo lucratus fuerit aliquid captator, aut punitus is qui captabatur. Poſtquam enim hic ex SCto illo cognoſceret non valere plane ejusmodi inſtitutionem captatoriam, ſimul ipſi tollebatur omnes ſpes lucrandi aliquid ex captatoris teſtamento, Hac ſpe ſublata, ſtultus fuiſſet, ſi teſtamentum ſuum antea occultatum recitare voluiſſet. Recitatio illa ceſſante multum lucrabatur, vitam nempe, quæ alias recitatione facta periculo inſidiarium a captatore ipſi ſtruendarum erat expoſita, parum autem vel nihil perdebat, eum alias recitatione facta, & inſidiis ipſi ſtructis moreretur ante captatorem, & ſi neque ad ipſum aliquid neque ad heredes ejus tranſiret. Ipſe etiam captatores deterrebantur conditiones ejusmodi amplius ponere, cum viderent omni effectu eas deſtitui, & pro captatore per leges cum habere, qui iis uteretur. Eſt enim ſic comparatum captatorem genus, ut craſſiſſimi etiam captatores nolint pro captatoribus haberi,

§. XLI. Nunc videntum eſt, quem uſum habeat doctrina hactenus expoſita in praxi? Ubi ſeparandæ ſunt erroneæ expoſitiones a noſtra. Quod primo expoſitionem gloſſæ attinet, etiamſi ſupponamus, captatoriam inſtitutionem eſſe, quæ confertur in alienam voluntatem, nec ſic tamen conſentiunt pragmatici, utrum ea doctrina uſu ſit recepta, & utrum hodie liceat ultimam voluntatem in alienum arbitrium committere. Placet ſummatim concluſiones etiam in rem adducere, quas collegit induſtria Petri Peckii

de

de teſtum. conj. l. 1. cap. 27. ut appareat, quod ipſi Doctores neſciant, quid velint, ita contradicens eſt eorum aſſertio. Et meminiſſe hic ſaltem debebis ea quæ Peckius de conjugibus his immiſcet, valere debere ex generalitate rationum, quas affert, & in aliorum teſtamentis. Concluſio negativa prima, *quod maritus non poteſt dare uxori ſuæ facultatem, ut ipſius nomine, propria arbitratu teſtetur.* Secunda: *Maritum non poſſe dicere: Inſtituo illum heredem quem uxor mea voluerit.* Concluſio affirmativa prima. *Si maritus bona ſua omnia committat uxoris vel alterius diſpoſitioni, cenſetur eam ſic inſtituere heredem, ut in pias cauſas omnia bona ſua diſtribuat.* Secunda. *Maritus poteſt uxori ſuæ committere electionem certarum perſonarum ex incertis deſignatis, puta ſi dicat: Inſtituo pauperes Chriſti, vel fratres meos, quos uxor mea elegerit.* Tertia. *Maritus poteſt præcipere notario vel tabellioni, ut ſcribat teſtamentum ad dictamen uxoris, cujus forte prudentiam perſpectam habet, ſicut poteſt mandare notario, ut ſcribat teſtamentum ex conſilio ſapientis.* Quarta. *Poteſt teſtamentum conferri in tacitam vel velatam alterius voluntatem hoc modo: inſtituo te, ſi uxor aut Titius Capitolium adſcenderit.* Quinta. *Quodſi maritus inſtituat uxorem ſuam heredem, & confiſus ſola ipſius fide ſine aliqua ſolennitate legatum relinquat, cogitur ipſa ſolvere aut jurare.* Sexta. *Per ſtatutum fieri poteſt, ut voluntas ipſa captatoria momentum habeat.* Ultimam. *Si quis alteri dederit poteſtatem teſtandi, valet talis diſpoſitio non ut teſtamentum conſentientis, ſed ut teſtamentum teſtantis.* Hic concluſiones affirmativæ prima, tertia, & ultima concluſionibus negativis in effectu contradicunt, ultima inſuper inepta eſt, & quinta impertinens. Et tamen in ſingulis Peckius leges vel Doctores qui apud Pragmaticos ſunt magnæ autoritatis aut Baldum, Franciſcum Zabarellum, Andream Siculum, Gvilielmum Benedictum, Raphaelem, Paulum Pariſienſem, Bartolum, Jaſonem, Calcaneum, Panormitanum, Innocentium Abbatem, Alexandrum, Imolam, Rodericum Svarez, Cynum, Angelum, Robericum, & alios

alios adducit Ita JCti Jenenſes *in reſponſo quod Anno 87. menſe Martio Henrico Wilhelmo Nackio Erfurtenſi dederint*, inter rationes dubitandi, ſequentia afferunt, da der Notarius Keyl den Knaben gefraget, ob er geſtändig wäre, was in dem Teſtament geſchrieben ſtünde, habe er mit ja geantwortet, daß es alſo ſchiene, was dem Knaben vorgeſaget worden, daß habe er beliebet, und ihme gefallen laſſen, *Voluntas vero teſtatoris ab alieno arbitrio dependere non debet.* L. illa inſtitutio 22. ubi gloſſa ff. de hered. inſtit. Socin. Jun. Conſ. 163. n. 32. Vol. 2. Regn. Sixtin. II. Conſil. Marp. 10. n. 136. *& id procedere nedum in inſtitutione heredis ſed etiam in legatis ex* L. Captatoriæ 64. ff. de Leg. I. I. nonnunquam 52. ff. de Condit. & demonſtr. docet Paris Conſil. 89. n. 42. & 43. Vol. 3. *adeo ut voluntas illa, quæ ab alieno dependet arbitrio, vel quæ actu captata fuit dicatur eſſe captatoria, atque adeo invalida & nulla.* L. Captatoria 70. ff. de hered. inſtit. &c. Sed hæc omnia cum ſupponant captatorias inſtitutiones eſſe eas, quæ committuntur in arbitrium alienum, & vero iſtud erroneum eſſe ſupra oſtenderimus, nolumus in iſtis tricis ulterius nos detinere.

§. XLII. Quodſi tamen duobus verbis quædam adjicere liceat, videtur quoad uſum fori in Germania res non ita plena eſſe, quod apud Germanos non committere, liceat teſtamentum in alienum arbitrium. Operam dabo ut multa paucis verbis includam, quæ peculiari diſſertationi materiam forte præbitura ſunt. Repugnat aliquo modo juri naturali, ut quis transferat in alium plus juris, quam ipſe habuit, aut ut juris translationem conferat in id tempus, quo nullum jus ſit habiturus; At in teſtamentis effectus diſpoſitionis, transfertur in id tempus, quo amplius teſtator non eſt dominus. *Antonius Faber error. Pragmat. decad. 36. err. 2. p. 552. & omnino Puſend. lib. 4. de J. N. & G. cap.* 10. Unde non mirandum, quod Bertrandus Argentræus *in Comment. in Conſuetud. Britann. ad Rubric. tit.* 22. *p.* 1902. ſtatuat, Teſtamen-

ſtamentum condere conſcientiæ periculoſum eſſe & juſtitiæ contrarium. Oritur enim plerumque, ita ut inter centum teſtamenta vix tria reperturus ſis, de quibus aliter pronunciare jure poſſis, teſtandi prurigo ex avaritia, aut ambitione ut vindictam exerceamus erga eos, qui nobis cum viveremus, non placuerunt, aut ut benefaciamus amicis quibus inſatiabilis habendi cupido ut vivi beneficia præſtaremus non permittebat, aut ut demum mortui laudamur, & beati prædicemur, quos vivos deteſtatus eſt populus ob crudelitatem vel ſorditiem aut immiſericordiam, & Paganiſmum adeo ſapit illud Quintiliani Declamat. 308. *Non aliud videtur ſolatium mortis, quam voluntas ultra mortem. Alioqui poteſt grave videri etiam ipſum patrimonium, ſi non integram legem habet. Et cum omne jus nobis in id permittatur viventibus, auferatur morientibus.* Hinc & apud gentes vere moratas, quas barbari mores noſtri ſub titulo decori aut gloriæ omnia tegentes vitia, barbaras vocant, teſtamentorum nullus aut rariſſimus uſus. Ita apud Hebræos moris erat, ut vel ex iis quæ Seldenus collegit *in cap. 24. de ſucceſſ. Hebr. in bona defunct.* & quod autor collat. legum Moſaicarum cum Romanis nullum caput habeat de ſucceſſione teſtamentaria, patet. Fabulam enim ſapit, quod Seldenus *ibid. pag.* 82. de teſtamento Noachi ex Euſebio & Cedreno profert. Neque Autores iſti bonæ fidei ſunt, ut iis cordatus credat. Et ex iis haud dubie fabulam illam in libellos ſuos tranſtulit Pſeudo Beroſus, contra quem diſputat Dn. Præſes *in inſtit. Juriſpr. div. lib. 2. cap. 2. de Dominio.* Apud Athenienſes ante Solonis legislationem jus teſtamentorum plane erat incognitum. Moriens aliquis poterat aliquid amicis dare, heredes autem inſtituere, atque bona ſua aliis quam ad quos lege redibant, relinquere, id vero jus non erat. Nec aliter Solon permiſit, quam liberis non exiſtentibus. *Plutarchus in Solone, Meurſius in Solone cap. 17. p. 58. Heraldus quæſt. juris quotid. lib. 1. cap. 17 §. 6. f. 143 ſeqq.* Nec Germani quamdiu vitæ integritate & ſimplicitate olim, ſed olim, gaudebant,

teſtamenta erant cognita. *Tacit. de moribus German c. 10. Conring. de judic. German. §. 18. p. 226.* A Græcis jura ſua Romani acceperunt. Deducunt equidem primam eorum originem JCti ex L. XII. Tabb. tanquam oraculum prolocutus eſſet Pomponius *l. 121. de V. S. Verbis legis XII. Tabularum his: uti legaſſit rei ſuæ, ita jus eſto, latisſima poteſtas tributa videtur, & heredis inſtituendi & legata & libertates dandi, tutelas quoque conſtituendi. Sed id interpretatione coanguſtatum eſt, vel legum, vel autoritate jura conſtituentium.* Cum tamen ipſe Pomponius rem ſaltem ut veroſimilem narret, & ea quæ diximus de Græcis, ut & illi errores hiſtorici plures, quos in Pomponio notant Commentatores *ad ejus l. 2. de O. I.* veroſimilitudinem contrariam ſvadeant, legandi vocem in lege XII. tabularum teſtamenta faciendi & heredes inſtituendi licentiam non intuliſſe. Teſtamentorum origo apud Romanos veroſimiliter à JCtis cepit & Potentibus ac Divitibus, quibus etiam reſtrictiones antiquæ legandi libertatis, & ſolennitates teſtandi vel ipſo Pomponio fatente debentur. Alias enim ſuppoſito, quod teſtamenta condere liceat, *nihil eſt, quod magis hominibus debeatur, quam ut ſuprema voluntatis, poſtquam jam aliud velle non poſſunt, liber ſit ſtilus & licitum, quod iterum non redit, arbitrium*, uti Conſtantinus loquitur *l. 1. C. de SS. Eccleſ.* (quamvis alia intentione, neque enim omnimodam teſtandi licentiam ibi introducere voluit Imperator. *Jac Gottofr. in Cod. Theod. ad d. l. quæ eſt ibi lex 4. de Epiſcopis. Adde l. 35. C. de inoff. teſtam.*) Sed JCti uti omnes actuum humanorum formulas, ita & ultimarum voluntatum ad ſe traxerunt. Huc pertinet illud Craſſi *apud Ciceronem lib. 2. de oratore. Nam ſic nullum erit teſtamentum ritè factum, niſi quod tu ſcripſeris, omnes ad Te cives cum Tabulis veniemus, omnium teſtamenta Tu ſcribes unus:* & Svetonii *in Nerone c. 32. Deinde ut ingratorum in Principem teſtamenta ad fiſcum pertinerent, ac ne impune eſſet Studiſis juris, qui ſcripſiſſent, vel dictaſſent ea.* Digniſſima eſt *lex 88 § ult. ff. de leg. 2.* quæ ab omnibus juris ſtudioſis memoriæ mandetur.

tur. *Lucius Titius hoc meum teſtamentum ſcripſi ſine ullo juris perito, rationem animi mei potius ſecutus, quam nimiam & miſeram diligentiam*, (nimiæ ſcilicet & miſeræ legum prudentiæ;) *etſi minus aliquid legitime, minusve perite fecero, pro jure legitimo haberi debet hominis ſani voluntas.* Sapienter nonnemo ille, quisquis fuit apud Joh. Brandes *de verâ & ſimulatâ JCtorum Philoſ. cap. 6. p. 137. ſeq.* Die Römiſche Rechte haben die Heydniſche Römer als ihre Erfindnüß GOttes Geſetzen und der Chriſtlichen Liebe zu wider auf die Leiſten ihres gemeinen Nutzens, und zu deſſen Ergröſſerung gericht, dazu wie Mausfallen liſtige Formuln angehänckt, wer darein gefallen, der iſt ärger, als in Garnſträngen verworren, und hat ſein Recht alſobald verlohren. Solche verroſte Mausfallen hat man vor Jahren umbgeſchmiedt, und mit ſo viel Dornhecken umbgezäumt, das faſt niemand in den wilden Wald zu ſeinen Rechten kommen kan. *Plura ſuppeditabunt Sigonius de jure antiquo civium Romanorum Briſſonius lib. 7. Formul. Dd. ad LL. XII. Tabb. & ad d. l. 120. de V. S. Huberus lib. 4. digreſſ. c. 24.* Jus Canonicum, quamvis in multis imitationem legum Romanarum affectaverit, in doctrina tamen teſtamentorum ſimplicitatem & libertatem ſecutum eſt atque à ſolennitatibus Romanis receſſit, ut patet *ex cap. 10. & 11. X. de teſtam.* Hocjus Canonicum ſeculo ante introductas in Germaniam Academias in Germaniâ receptum fuit, & ſic ſimul ſimplicitas teſtandi recepta eſt, donec jus Romanum unâ cum Profeſſoribus juris pedetentim ſe inſinuaret. Neque enim unquam lege publicâ jus Romanum in universâ Germaniâ pro jure communi receptum eſt, quicquid etiam communiter doceatur in contrarium, multo minus mores ſemel recepti per id abrogati. Unde & adhuc hodiè mores teſtandi in Germania multo ſimpliciores ſunt, quam apud Romanos, & magis accommodati ad principia juris Canonici, niſi apud potentes & divites, qui artibus & conſiliis JCtorum præ aliis habent opus,

H 2 qui-

quique ab his ſibi perſvaderi paſſi ſunt, ut à vulgo hominum ſecernantur, obſervari ab iis debere ſolennitates & pompas juris Romani die Maußfallen und Dornhecken ſecundum Anonymum. Scilicet quia jam Bartolus aut Baldus ſuo tempore gloriatus erat, quod multa millia aureorum conſiliis in cauſis teſtamentariis lucratus ſit & praxis vel ideo aurea eſt, qui per infinitas errorem chilades intricate eſt. Gloriari ſolent Panegyriſtæ Juris Romani, quod Lutherus Jure conſultos Romanos aliquando laudaverit, credo in odium Canoniſtarum, quos ſubinde grobe Eſel appellat, (quod tamen noſtris Canoniſtis, ſi qui dantur haud dubie diſplicebit.) Sed non placuerunt Luthero noſtri JCti, cum ſcriberet in Ermahnung zum Gebeth wider den Türcken Anno 41. Tom. 7. Jenenſi f. 443. und daß ich der Juriſten auch nicht vergeſſe, iſts mit dem Recht dahin kommen, daß niemand ſich gerne ins Recht begiebet, wenn er gleich ſo helle gute Sache hat als die Sonne in hellen Mittage klar iſt. Nec loquitur de vulgaribus Rabulis, ſed de eximiis & eminentibus, prout verba ſequentia docent, quæ ex eorum reverentia deſcribere nolo. Quodſi igitur hæc ita ſe habent, uti ſe habent deberet ubique in Germaniæ uſu practico receptum eſſe, ut quis alii poſſit committere, ut pro ipſo Teſtamentum faciet. Sic enim Innocentius III. cum interrogatus eſſet, an illi, qui in diſpenſatione & voluntate alterius ſuam committunt ultimam voluntatem, nil per ſe penitus ordinantes; nec determinantes, cui loco vel perſonæ conferri debeat; dicantur decedere inteſtati, reſpondit: *eos non videri decedere inteſtatos. cap. 12. de teſtamentis, junct. cap. 18. de V. S.* Sed vereor ut ita receptum ſit, ob prævalentem autoritatem eorum, quorum inter eſt, ſimplicitatem & integritatem non recipi. Interim non omittendum, quod Deſiderius Heraldus *d. c. 17. quæſt. juris quotid. n. 3.* notaverit, in Gallia Jus Pontificium circa teſtamentorum confectionem in plerisque regni provinciis quæ moribus regantur, nec non aliis, quæ jure ſcripto, receptum eſſe.

§. XLIII.

§ XLIII. Quod alteram opinionem eorum, qui omnes captatorias institutiones SCto prohibitas eſſe, opinabantur, attinet, video pragmaticos varie errare, præſertim circa teſtamenta conjugum mutua, quæ jam ſupra inter captatoria retulimus. Et initio quidem in loco §. 14. exſcripto B. Brunnemannus Gailii & Mevii opinionem ac ſi præſumtio captationis ab amore conjugali excludatur, approbat, vel iis concedit, quod concedendum non arbitrarer, aliud teſtante naturæ hominum & quotidiana experientia. Deinde quod addit *ſi maritus expreſſe ea conditione inſtitueret, ſi ab uxore inſtitueretur, hic non tantum eſſe mutuam provocationem affectionis conjugalis, ſed expreſſam captationem pecuniæ conjugalis. Expreſſa ſæpe nocere, non expreſſa non nocere & ita deciſum eſſe Menſ. Decembr. Ann.* 1653. ad id varia notari poſſunt. Nam omnia teſtamenta conjugum mutua fiunt ea conditione, ſi iterum inſtituatur conjux à conjuge, ergo omnia erunt captatoria, ut diximus. Porro notavimus jam ſupra §. 6. illud brocardicum juris, expreſſa nocere, non expreſſa non nocere haud eſſe omni exceptione majus. Denique ſi ita judicatum foret, ejusmodi captationem expreſſam non valere, judicatum fuiſſet contra jus Romanum & ejus rationem, & contra mores noſtros, ex falſa hypotheſi, quod omnes captatoriæ inſtitutiones in *l. 70. de hered. inſtit.* ſint prohibitæ. Sed forte ita judicatum non fuit. Deprehendo enim in Brunnemanni deciſionibus *centur.* 2. *deciſ.* 24. quæ iſti loco parallela eſt, *quod d. Menſ. Decembr. Anno* 1653. *judicatum ſit ſaltem, teſtamentum reciprocum morte mariti confirmatum poſſe ab uxore revocari, quia nemo facere poſſit, ut teſtamentum ſuum mutare nequeat*, (quamvis arbitrer iſtam rationem moribus Germanorum quibus per pacta licet transferre ſucceſſionem, parum eſſe convenientem,) & hæc occaſione additur, *quæri ſolum potuiſſe, quid ſi eo fine expreſſe maritus uxorem inſtituiſſet, ut ab ea inſtitueretur, an poſſit ſuperſtes voluntatem ſuam mutare? Id negare Struvium. Sed non apparere rationem exceptionis*, (rationem vero nos modo dedimus,)

& alias captationem alienæ voluntatis prohibitam eſſe per l. 70. de hered. inſtit. (habes fontem erroris,) Ipſum teſtamentum mutuum conj gum in una charta confectum moribus haud dubiè receptum, utrum congruat moribus Romanorum æque diſſentiunt. Prius defendit Peckius de teſtamento conjugum *l. 1. c. 19* Poſterius Huberius *ad Inſt. de teſt. ordin. n. 19. p. 211. & ad ff. qui teſtam. facere poſſunt n. 18. p. 322.* omni ſtudio id agens, ut oſtendat eum modum ſubtilitati juris Romani omnino fuiſſe ad verſiſſimum: Quamvis hic immiſceat quædam minus perſvadentia, ut dum *d. p. 322.* addit, *abſurdum eſſe, tabulas altero teſtatorum adhuc ſuperſtite publicari, cum teſtamentum niſi poſt mortem effectum habere non poſſit, & incivile ſit, de vivente palam fieri, quid poſt ejus fata ſit futurum, atq; eo nomine olim Auguſtum male audiviſſe, quod Antonii, quamlibet inimici Teſtamentum pro Concione recitaverit.* Valerent enim hæc, ſi invito conjuge ſuperſtite herede inſtituto publicatio inſtitueretur, & ſi non ſtatim in una charta cum conjuge condens, in id conſentiret, item ſi captator tempore publicationis ſuperſtes eſſet. Quæ omnia cum in teſtamento conjugum aliter ſe habeant, iſta quidem non debeant afferri. Interim ſi ſententia Huberi vera eſt, uti defendi extra has rationes poteſt, apparet nos non erroneè modo aſſeruiſſe quod in Germaniæ etiam in teſtamentis non obſervemus principia juris Romani.

§. XLIV. Et quid multis ac prolixis verbis opus eſt omnino diſpoſitio legum Romanorum, & SCtum de captatoriis inſtitutionibus vere expoſitum, apud nos nullum uſum habet, quia ejus ratio & cauſa impulſiva non habet uſum. Merentur verba Huberi quæ habet *ad ff. tit. Teſtamenta quemadm. aper. §. 5. p. 389.* ut apponantur integra. *Ex his*, ait, *intelligi poteſt, quam ſolliciti veteres fuerint in evitandis falſitatum occaſionibus; quæ pleraque hodiernis moribus negliguntur. Nam primo totum teſtamentum ſcribitur, antequam teſtis ſubſcribant, & ſi illis non prolegatur. Signacula non ſolent addi.* (ſcilicet, intelligo ſecundum morem priſtinum.) *Nullo lino perforatur, nequidem circum ligatur ut plurimam, quo cera ſigillisque muniatur. Et ſi*

hoc modo fieri poſſe, nihil vetat, & fit à ſollicitioribus aliquando. Hinc etiam moribus hodiernis nulla fit appertura teſtamenti, quandoquidem non eſt clauſum & obſignatum, nec ſi quando tale reperitur, opus eſt adhibitis Magiſtratibus. Sufficit coram teſtibus fieri (nec hoc tamen neceſſario) *atq; ut plurimum ea res elato funere inter amicos adminiſtratur. Et ſi poſſunt aut heredes, aut hi, quorum intereſt, ſi quid dubii ſubſit, aut majoris ſecuritatis ergo teſtes ad judicem curare vocandos, ut ibi manus ſuas agnoſcant, reiq; geſtæ ſeriem exponant. Sed ſit rarò apud nos. Tu vide Carpzovium Part. 3. Conſt. 5. def. 24. & 25. Mæv. part. 3. d. f. 405. Deſcribendi copiam petere poſſunt, & quotidie petunt hi quorum intereſt, eâdem publici inſtrumenti libertate, quæ legibus eſt prodita. Sed cautio celandi annum & diem non adhibetur: Segnioribus, ut videtur, hominum in hâc frigidiore parte mundi, ingeniis ad gubernandas falſi ſubtilitates, quam olim fuerint in Italiâ. Etſi cupiditas fortè hereditatum non eſt minor.* Scilicet heredipetæ noſtri non ita truculenti ſunt, non ita audaces, ut frequenter inſidias vitæ ſtruant teſtatoribus. Ergo quemadmodum jam dictum, cum vel ob hanc ſolam rationem mores noſtri admittant pacta de ſucceſſione alterius jure Romano illicita, quis cum rationi opinari poſſit, hodie moribus Germaniæ: ſi quis alterum inſtituat: *Quanta ex parte me Titius in teſtamento ſcriptum heredem recitaverit, ex eâ parte heres eſto*, inſtitutionem hanc tanquam captatoriam non valituram, cum deficiat apud nos prohibitionis ratio; quamvis & quantacunq; ſponſione certare quis poſſit, intra aliquot ſecula nullum caſum ejusmodi in Germaniâ obtigiſſe, nec facilè intra aliquot ſecula eum datum iri. Illud equidem, quod *in L. 1. § 38. ff. depoſiti* conſtitutum eſſe ſupra attulimus de actione injuriarum, contra eum, qui teſtamentum alienum, præſentibus pluribus contumeliæ causâ recitaverit, & ita alterius ſecreta judicia divulgaverit, moribus etiam noſtris obtinebit, utpote qui nefandam illam & principiis omnis Chriſtianiſmi repugnantem, aliisque populis incognitam actionem injuriarum Romanâ, nonniſi ad vindictam privatam tendentem, vitio communi omnium omnis ſtatus & conditionis Germanorum in ſuccum

quod

quod ajunt & ſanguinem converterunt. Sed hoc nihil vel parum ad captatoriarum inſtitutionum uſum facit, nec multa doctrina aut ſubtilitate juris Romani hac parte opus eſt, cum, etiamſi leges Romanæ tacuiſſent, ſola ratio naturalis, ſuadeat, injuriam eſſe, ſi quis talia perpetret. Sed illud tamen iterum extra uſum fori Germanici ponendum erit, quod *l.* 38. § 7. *de pœnis* eum qui vivi teſtamentum aperuerit, jubet ad metalla damnari vel deportari, partim ob rurſus ceſſantem rationem ſupra traditam, partim quod hodie non detur deportatio vera & ad metallum damnatio.

§. XLV. Nil reſtat amplius, quam ut duo adhuc moneamus. Primo, incidiſſe nos diſſertatione hac prope abſoluta in Antonii Fabri Errores Pragmaticorum, ibique deprehendiſſe, quod *decade 51. err. 4. ſeq. & dec. 52. errore 1. ſeq.* multa tractet de captatoriis inſtitutionibus, quæ ſi prius viſa fuiſſent, dediſſent occaſionem, multa addendi meditationibus noſtris, partim dicta à nobis illuſtrantia, partim ad objectiones Fabri, quas hinc inde ſpargit, reſpondentia. Sed quia jam quidem tempore & otio excludimur, reſervamus id vel diſcurſui, ſi quis ex Fabro nobis quædam oppoſiturus ſit, vel ſecundis curis.

§. XLVI. Deinde ut capitali objectioni reſpondeamus, quam forte plurimi adverſus exercitium hoc inaugurale movebunt. Cui uſui, inquient, tanto apparatu diſquirere de re, quam ipſi fatemur nullum in praxi habere uſum? Magno equidem, dicimus nos, ſi non practicis, ſaltem docentibus profuturo, imo de Practicis, ne praxin erroneè exerceant. Initium ſapientiæ omne à cognitione errorum. Sunt capitales duo in juris ſtudio errores, iique ſibi adverſi neſcio tamen qua arte ſæpe in Academiis infeliciter uniti, ut ſtudioſa juventus perſuadeatur, magnum uſum eſſe legum Romanarum in foris Germaniæ, & tamen juris ſtudioſo non dandam eſſe operam ſtudio antiquitatum Romanarum, ſed ea ſaltem diſcere debere, quæ in praxi obtinentt. Atqui hoc revera eſt, ac ſi quis doceat ſermonis Gallici peritiam neceſſariam eſſe Germano, qui exactam linguæ Germanicæ notitiam ſibi parere velit, ad eam tamen acquirendam non opus eſſe Lexico aut Grammatica, ſed eam ſaltem diſcendam eſſe ex conſortio & confabulatione cum hominibus provinciarum Gallicarum, male loquentibus, aut cum Germanis, qui forte Galliam obiter ſalutarunt, & formulas quosdam male cohærentes memoria mandarunt. Erit ergo vel diſſertatio præſens exemplo, quam turpiter iſti errores connectantur. *Si* enim captatoriæ inſtitutiones & reliqua capita affinia nullum in Germania habent uſum, uti non habere oſtendimus, oſtenſum erit, ne quidem in doctrina teſtamentaria tantum eſſe juris Romani uſum, quantum volunt iſti juris Juſtinianei encomiæ, cum tamen *Ger*mani antiqui teſtamenta ignoraverint. Si vero uſum haberent aliquem, quod ponimus, non affirmamus, iterum diſpoſitio noſtra oſtendet, quam erroneus ſit ille uſus, ſi ignorantia antiquitatum Romanorum laboremus.

S. D. G.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA